

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA FERNANDA MOUCHBAHANI PERALTA

**OS LIMITES DA EXTRACONCURSALIDADE DA CESSÃO FIDUCIÁRIA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

CURITIBA

2017

MARIA FERNANDA MOUCHBAHANI PERALTA

**OS LIMITES DA EXTRACONCURSALIDADE DA CESSÃO FIDUCIÁRIA NA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel, Faculdade de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.
Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Madelon e Arthur, pelo estímulo e pela inspiração, desde os primeiros anos de minha vida.

Ao meu irmão, Arthur, pela boa companhia e pelos momentos felizes.

Ao Prof. Edson Isfer, pela orientação, dedicação e a indicação dos melhores caminhos nesta jornada.

RESUMO

Em 2005, a partir da promulgação da Lei 11.101/2005, foi criado o instituto da recuperação judicial de empresas, em substituição à antiga figura da concordata. A recuperação judicial é instrumento que visa auxiliar o soerguimento de empresas que estejam em uma crise superável. Assim, destaca-se como foco da Lei 11.101/2005 a preservação da empresa, sendo que a satisfação dos credores possui relevância mitigada. Para tanto, o plano de recuperação judicial é o instrumento que norteará todo o processo de recuperação e especificará como se dará o pagamento dos credores. No entanto, há dispositivos da LRE que excluem determinados créditos do plano de recuperação, constituindo certo óbice à efetivação do instituto. Dentre esses créditos que não se submetem à recuperação judicial, destaca-se o garantido por propriedade fiduciária. Assim, o presente trabalho analisará os tipos de propriedade fiduciária e quais os limites da exclusão da recuperação judicial do crédito garantido por cessão fiduciária, a partir da exposição de doutrina e jurisprudência.

Palavras chave: recuperação judicial de empresas; propriedade fiduciária; cessão fiduciária; alienação fiduciária; artigo 49, §3º da Lei 11.101/2005.

ABSTRACT

In 2005, with the promulgation of Law 11.101/2005, the judicial recovery system was created, in replacement to the system called “concordata”. The judicial recovery is a system that aims to assist the upholding of companies that are in a crisis that can be overcome. Thus, it is highlighted as a focus of Law 11.101/2005 a preservation of the company. The satisfaction of creditors has mitigated relevance. The judicial recovery plan is the instrument that will guide the entire process and will specify how the creditors will be paid. However, there are provisions of the LRE that exclude certain credits from the recovery plan, which is a certain obstacle to the success of the process. Among these credits, the fiduciary creditor stands out. In order to do so, the limits of the exclusion from judicial reorganization of the credit guaranteed by fiduciary assignment will be analysed, based on an exposition of doctrine and jurisprudence.

Key-words: judicial recovery system; fiduciary alienation; fiduciary cession; fiduciary assignment agreement; article 49, §3º Law 11.101/2005.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL – O FOCO DA LEI 11.101/2005	9
2.1. REQUISITOS PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	11
2.2. A APRESENTAÇÃO E APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL	16
2.3. CRÉDITOS CONCURSAIS	19
2.4. CRÉDITOS INEXIGÍVEIS	23
2.5. CRÉDITOS EXTRACONCURSAIS	24
3. GARANTIAS FIDUCIÁRIAS	28
3.1. A FIDUCIA ROMANA E O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	28
3.2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA	30
3.3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	32
3.4. CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	38
3.5. COMPARATIVO ENTRE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E CESSÃO FIDUCIÁRIA	41
4. A EXTRACONCURSALIDADE DA CESSÃO FIDUCIÁRIA: LIMITES PARA APLICAÇÃO	43
4.1. REGISTRO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA	50
4.2. LIMITAÇÃO DA EXTRACONCURSALIDADE AO VALOR DA GARANTIA	58
4.3. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIROS	61
5. CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	66

1. INTRODUÇÃO

De acordo com pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudo e Pesquisa Sobre Insolvência da Associação Brasileira de Jurimetria da PUC-SP¹, entre as datas de 01/19/2013 e 30/06/2016 foram distribuídas 194 recuperações judiciais na cidade de São Paulo. Tal resultado, apesar de englobar apenas dados da capital paulista, é uma importante amostra da importância do estudo acerca da recuperação judicial, instituto que vem sendo cada vez mais utilizado em meio à crise econômica que assombra o país.

A atual Lei de Recuperação Judicial foi promulgada em 2005 e veio substituir o antigo sistema falimentar, o qual possuía a concordata como instrumento que visava evitar a falência das empresas. Entretanto, tal instituto mostrou-se inapto com o passar dos tempos, visto que não dispunha de recursos para propiciar o efetivo soerguimento de empresas que demonstravam sua viabilidade.

Naquele sistema, a satisfação dos credores e o cumprimento das obrigações possuíam importância primária, o que dificultava a continuação da atividade empresarial. Assim, a LRE surgiu trazendo como foco principal² a manutenção da atividade empresarial, levando em conta a função social que esta desempenha no mercado e o desenvolvimento econômico do país, de maneira geral. É evidente que a satisfação dos credores também é objetivada pela LRE, mas não como finalidade primordial.

Assim, o plano de recuperação judicial é o instrumento criado pela LRE para nortear o processo de recuperação judicial e determinar como se dará o pagamento dos credores. Estabelece o caput do artigo 49 da LRE que “se submetem à recuperação judicial da empresa todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”.

No entanto, o referido artigo possui parágrafos que estabelecem exceções à regra do caput. Essas exceções acabam por constituir certos empecilhos à efetiva recuperação da empresa, a depender da maneira como são aplicadas, sendo que

¹ NEPI-PUCSP / ABJ - Observatório da Insolvência – 2017

² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p.467.

podem acabar indo contra o próprio princípio que rege a LRE: o da preservação da empresa.

Diante disso, o presente trabalho possui como foco o parágrafo 3º do artigo 49 da LRE, em especial a parte em que institui a não sujeição dos créditos garantidos por propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis à recuperação judicial.

O referido dispositivo gerou diversas controvérsias na doutrina e jurisprudência quanto aos limites de sua aplicação. Ao incluir no texto legislativo a expressão “proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis”, recaíram dúvidas acerca da inclusão do contrato de cessão fiduciária dentro dessa modalidade. Também gera divergências a questão dos requisitos que os contratos devem cumprir para que sejam excluídos dos efeitos da recuperação.

Para que se analise a questão, será feita exposição acerca da propriedade fiduciária e dos contratos que lhe dão origem: a alienação fiduciária e a cessão fiduciária, além de ser traçado um comparativo entre as duas figuras.

Em suma, o presente trabalho analisará primeiramente o instituto da recuperação judicial de maneira geral para, então, focar a análise na figura da propriedade fiduciária e na exceção prevista pelo artigo 49, §3º, dando enfoque principal aos limites a serem utilizados na aplicação do referido dispositivo legal, a partir da seleção de doutrina e de jurisprudência.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL – O FOCO DA LEI 11.101/2005

A Lei 11.101 de 2005, Lei de Recuperação e de Falências (LRE), criou nova medida aplicável à preservação de empresas em dificuldade, em substituição à antiga concordata preventiva, a qual estava prevista no Decreto-Lei 7661/45, sendo que a concordata suspensiva foi de todo extinta.

De acordo com Amador Paes de ALMEIDA, a Concordata foi mostrando-se inadequada com o passar do tempo, pois não dispunha de recursos para assegurar a continuação da atividade empresarial e a manutenção dos estoques. A Concordata, que significa acordo, convenção, tinha, no passado, a característica de representar vontades convergentes do devedor e dos credores. No entanto, essa figura não mais desempenhava seu papel, o que acarretou na necessidade da alteração legislativa do instituto.³

Mauro R. PENTEADO apresenta, brevemente, semelhanças e diferenças entre os institutos da Concordata e da Recuperação Judicial:

Segundo o próprio texto da Lei 11.101/2005, tanto a recuperação judicial, quanto a extrajudicial, constituem sucedâneos da concordata, tanto que os devedores que se achavam, quando da promulgação da Lei, proibidos de requerer a última, nos termos de legislação específica, ficam igualmente proibidos de requerê-las (art. 198). E a recuperação judicial pode se aproximar ainda mais da concordata se o Plano estipular, apenas, a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (art. 50, I), o que, na perspectiva do devedor, sempre será a melhor solução. Mas, na aproximação reside, paradoxalmente, a nota diferencial entre ambos os institutos: no sistema do Doc. - lei. 7661/1945 a concordata era uma moratória concedida como “favor” legal, unilateralmente requerido pelo devedor, e que seria deferida pelo juiz, desde que presentes os requisitos legais para tanto – mesmo contra a vontade de um, vários ou todos os credores. Doravante “a concessão”, pelo juiz da recuperação judicial pressupõe, sempre, a aprovação dos credores...”⁴

³ ALMEIDA, Amador Paes De. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p.303 e 304.

⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84;

Assim, a LRE trouxe novo foco⁵, ao priorizar a preservação da empresa, levando em conta a função social que esta desempenha no mercado e o desenvolvimento econômico do país, de maneira geral. Assim, a efetiva recuperação da empresa em crise mostra-se como o foco da LRE, ao invés da mera satisfação dos credores e do cumprimento das obrigações, como acontecia no instituto da Concordata. Portanto, a satisfação dos credores, apesar de relevante, não ocupa o foco principal da lei.

Nesse mesmo sentido, já se pronunciou a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante do Agravo Regimental no Conflito de Competência 86.594/SP:

A recuperação judicial tem como finalidade precípua o soerguimento da empresa mediante o cumprimento do plano de recuperação, salvaguardando a atividade econômica e os empregos que ela gera, além de garantir, em última ratio, a satisfação dos credores.⁶

Tal conclusão pode também ser retirada do artigo 47 da LRE, que enuncia os objetivos da referida Lei:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, leciona Rachel SZTAJN⁷ em relação ao artigo 47 da LRE. O dispositivo da Lei demonstra a opção de política legislativa adotada: a redução de

⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.467.

⁶ Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante do Agravo Regimental no Conflito de Competência 86.594/SP:

⁷ SZTAJN, Rachel. Capítulo III – Da recuperação judicial – Seção I, Disposições Gerais. In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 221 “O artigo fundamenta a opção de política legislativa no que se relaciona à recuperação judicial de empresas em crise econômica ou financeira. Em economias de mercado, a redução de custos de transação constitui exigência da sociedade. A atividade econômica gera empregos, renda e riqueza e sua destruição a perda de benefícios que são distribuídos na sociedade na forma de bem-estar... Lógico o esforço da nova disciplina visando mantê-la (A EMPRESA) em funcionamento quando se demonstre a viabilidade da continuação das operações. Nítido o abandono da visão informadora da legislação revogada que dava prioridade, por entendê-lo mais adequado, retirar do meio (mercado) o comerciante inábil ou inepto que pudesse aumentar o risco inerente à atividade comercial. Tanto é que, indeferido, por qualquer motivo, o pedido de concordata preventiva, a

custos de transação para que a atividade econômica seja mantida, gerando empregos e renda. Assim, a LRE abandonou a lógica que era aplicada pela antiga Lei, que priorizava o interesse dos credores ou a retirada da empresa em dificuldades do mercado e não analisava as reais possibilidades de sobreviver que possuía a empresa.

Tem-se, portanto, a evidente mudança de foco trazida pela LRE às empresas em crise, de modo a buscar sua efetiva recuperação. No entanto, o instituto não se aplica indistintamente a qualquer empresa em dificuldade financeira: foram criados requisitos para a concessão da recuperação.

2.1. REQUISITOS PARA O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O instituto da recuperação judicial tem como foco a preservação de empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, mas que possuam real possibilidade de superação⁸. Faz-se necessário, então, que seja uma crise superável e não uma situação permanente. A empresa deve, portanto, mostrar que seu soerguimento é economicamente viável.

Nesse sentido, discorre PIMENTA:

a recuperação de empresas não é um instituto destinado a todos os empresários em crise econômico-financeira. É uma solução legal aplicável apenas àqueles cujas empresas se mostrem temporariamente em dificuldades e, além disso, que se revelem economicamente viáveis.⁹

A própria LRE, em seu artigo 47, enuncia a crise como pressuposto para o processamento da recuperação judicial. Para a correta interpretação legislativa, faz-se necessário, então, compreender o que caracteriza a situação de crise.

Fábio Ulhoa COELHO leciona que empresa em crise pode ter muitos significados e propõe, então, que se distinga entre crise econômica, financeira e

decretação de falência era compulsória. Agora, antes de determinar a quebra analisam-se as probabilidades de sobrevivência do negócio, sob mesma ou outra administração, como o que altera o foco da tutela que anteriormente era o mercado de crédito e a confiança, para, mantida esta, tutelar o devedor de boa-fé.”

⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.155.

⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219>.

patrimonial, para que se melhor sistematize a questão. A crise econômica seria a “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”¹⁰. É a queda de faturamento decorrente da diminuição da procura dos produtos pelo comerciante, que pode ser causada por motivos gerais, como a retração da economia como um todo ou motivos relacionados à própria empresa, como um atraso tecnológico do seu estabelecimento. Já a crise financeira relaciona-se com a liquidez, é a impossibilidade de o empresário cumprir com suas obrigações. A crise patrimonial, por sua vez, é a insuficiência de bens no patrimônio ativo para satisfazer o passivo.

Destacam-se, também, as palavras de Gladston MAMEDE:

a crise econômica é tratada como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por um regime jurídico privado... O legislador reconhece crises são inerentes à empresa, podendo resultar do processo de mundialização, do envelhecimento da estrutura produtiva material (maquinário, instrumental) ou imaterial (procedimentos de administração, logística etc.) entre outros fatores. Não se encaixa facilmente em análises maniqueístas (bom pagador ou mau pagador, honesto ou desonesto), embora haja situações em que seja fácil averiguar que a crise decorre da prática de atos ilícitos.

A recuperação de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei. 11.101 de 2005).¹¹

Disserta Marlon TOMAZETTE que as crises sempre afetam os interesses do empresário, porém nem sempre atingem os interesses de outras partes, como dos credores, do fisco, trabalhadores e sociedade em geral. O autor elenca alguns tipos de crise que podem afetar as empresas: crise de rigidez, de eficiência, econômica, financeira, patrimonial. No entanto, de acordo com o doutrinador, as crises econômica, financeira e patrimonial são aquelas mais aptas a afetar mais interesses, o que gera preocupação maior, como a redução de empregos, a inadimplência e o aumento de risco dos credores¹².

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.23.

¹¹ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.118-119.

¹² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.38.

Portanto, como se vê, a situação de crise em uma empresa não acarreta apenas prejuízos aos empresários e aos investidores, mas também à sociedade como um todo¹³, com a desaceleração da economia, a diminuição da produção, a eliminação de postos de trabalho. Isso demonstra a necessidade do Direito criar mecanismos que possibilitem a recuperação da empresa.

Considerando a sistematização da empresa em crise, é relevante destacar os vetores a serem analisados para que se conclua se a empresa, apesar da crise que vivencia, possui viabilidade econômica para se recuperar. Fábio Ulhoa COELHO posiciona-se no sentido de que o exame de viabilidade deverá ser realizado pelo Judiciário, com respaldo em certos vetores, como o fato da empresa possuir certa importância social na economia local, regional ou nacional, além de determinado volume ativo e passivo, porte econômico e tempo de empresa. A quantidade de mão-de--obra e de tecnologia empregadas também são fatores a serem analisados na aferição da viabilidade da empresa.¹⁴

De acordo com Manoel Justino BEZERRA FILHO, em casos em que não haja a possibilidade de superação e que se considere a crise como de natureza insuperável, deve-se decretar a falência da empresa, para que esta não se torne “elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado”.¹⁵

Também nesse sentido se posiciona Fábio Ulhoa COELHO ao dissertar que:

As *más* empresas devem falir para que as *boas* não se prejudiquem. Quando o aparato estatal é utilizado para garantir a permanência de empresas insolventes inviáveis, opera-se uma inversão inaceitável: o risco da atividade empresarial transfere-se do empresário para seus credores¹⁶.

¹³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.468.

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p.127-129.

¹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.155.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p.123

Ainda, o empresário que pretende ingressar com pedido de recuperação judicial deve cumprir determinados requisitos impostos pela Lei. Só é possível requerer a recuperação judicial quando se trata de uma empresa regularmente constituída.¹⁷

São legitimados para requerer a recuperação judicial as sociedades empresárias e o empresário individual, ficando excluídas as sociedades em comum, simples, de economia mista e as cooperativas, além das instituições financeiras, integrantes do sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, corretoras de câmbio (Lei n. 6.024/74, art. 53), seguradoras (Dec-Lei. n. 73/66, art. 26), as operadoras de planos privados de assistência à saúde (Lei n. 7565/86, art. 187), a entidade de previdência complementar, a sociedade de capitalização e outras equiparadas. Tais limitações foram impostas pela LRE em seu artigo 2º.

Da leitura de tais pressupostos, tem-se que a empresarialidade é um dos requisitos para a concessão da recuperação judicial. Por tal motivo as sociedades simples, apesar de terem por objeto a prática de atividade econômica organizada, são consideradas como “não empresárias” por força de lei¹⁸ e, assim, estão afastadas do benefício legal.

A legitimidade ativa do pedido de recuperação judicial depende, ainda, de outros requisitos, como determinou o artigo 47 da LRE. O devedor não pode já estar falido e o sócio controlador e os administradores não podem ter sido condenados pela prática de crime falimentar (sendo que o efeito perdura até cinco anos após a extinção da punibilidade ou até a reabilitação penal). Assim, as sociedades irregulares e os proibidos de atuar empresarialmente não possuem a legitimidade para requerer a recuperação judicial, pois este é um instituto que beneficia o empresário. Tais empresas submetem-se, no entanto, à falência¹⁹.

¹⁷ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.120.

¹⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.472.

¹⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.474.

Há também dois requisitos temporais impostos pela Lei: a empresa deve estar explorando atividade econômica há mais de 2 anos e o devedor não pode ter obtido outro processamento de recuperação judicial nos últimos 5 anos²⁰.

O prazo de dois anos de regular exercício da sociedade visa evitar oportunismos, de sujeitos que buscam obter vantagens econômicas e benefícios do sistema recuperacional, sendo que exercem a atividade de maneira aventureira e não regular. Como se viu, a esse requisito de dois anos de exercício, o legislador adicionou o cumprimento de outros, que devem ser, necessariamente, observados conjuntamente.²¹

Cumpridos tais requisitos, o empresário pode fazer o requerimento da recuperação judicial mediante ação de conhecimento. A partir do pedido, o juiz analisará o preenchimento dos requisitos necessários ao seu deferimento²². Tal análise realizada pelo juiz é meramente formal. Assim, caso estejam presentes os documentos determinados pelo artigo 51²³ da LRE, o juiz determinará o processamento da recuperação judicial²⁴.

²⁰ Explica-se que esses requisitos impostos pela Lei apresentam certas variações em casos em que a recuperação judicial tenha por base o plano especial para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme estabelecido pelos artigos 70 a 72 da LRE. Em tais recuperações, o período mínimo entre a concessão de recuperação judicial e a possibilidade jurídica para requerimento de outra recuperação judicial sobe para oito anos. In: MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p. 120.

²¹ SZSTAJN, Rachel. Capítulo III – Da recuperação judicial – Seção I, Disposições Gerais. In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.224.

²² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.517

²³ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do

Os documentos aos quais se refere o artigo são “demonstrações contábeis, relação de credores e empregados, certidão de regularidade no Registro Público de Empresas, relação de bens dos sócios controladores e dos administradores do devedor, extratos, certidões de protesto, relação de ações judiciais²⁵”.

Ajuizada a ação de recuperação judicial, o juiz verificará a legitimidade do requerente, o cumprimento dos requisitos, a regularidade da petição e a documentação juntada. Caso haja irregularidade na petição inicial ou na documentação apresentada, o juiz deverá determinar prazo para que se emende a inicial conforme artigo 321 do CPC/2015²⁶.

Após esse momento inicial, no qual serão verificadas as condições jurídicas para o processamento da recuperação, passa-se ao momento no qual os credores participam e no qual a análise será de cunho predominantemente econômico²⁷.

2.2. A APRESENTAÇÃO E APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Após a publicação da decisão que determina o processamento da recuperação judicial, a empresa recuperanda possui 60 dias para apresentar o plano

devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica. § 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

²⁴ De acordo com Márcia Carla Pereira RIBEIRO: “Na decisão de processamento, o juiz deverá nomear o administrador judicial; determinar a suspensão das ações ou execuções existentes contra o devedor, com as exceções já indicadas; determinar a apresentação de demonstrativos mensais pelo empresário, enquanto perdurar o regime de recuperação judicial; ordenar a intimação do Ministério Público e a comunicação às Fazendas Públicas onde o devedor tiver estabelecimento (art. 52 da LRE). Acrescente-se que, na hipótese de ausência de alguns dos documentos do art. 51, o juiz determinará ao devedor que emende ou complete sua petição inicial...”. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.517.

²⁵ Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.515.

²⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.134.

²⁷ Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.518.

de recuperação judicial, o qual norteará todo o processo de recuperação e especificará como se dará o pagamento dos credores.

Nas palavras de Gladston MAMEDE:

O plano de recuperação é o elemento mais importante da recuperação judicial da empresa: o projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial.²⁸

Quando do recebimento do plano, haverá a publicação de edital aos credores, o qual fixará prazo para suas manifestações. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação, o juiz convocará a Assembleia Geral de Credores (AGC)²⁹, a qual deliberará acerca do plano de recuperação judicial³⁰.

A AGC deverá ocorrer em até 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial e possui poderes para aprovar, rejeitar ou alterar o plano apresentado, sendo que o juiz não se vincula a tais decisões³¹³². As eventuais alterações sugeridas pela AGC necessitam, no entanto, de concordância do devedor³³.

Participarão da AGC os credores sujeitos ao processo de recuperação judicial, conforme quadro geral de credores apresentado pelo devedor. Na falta de referido quadro, considerar-se-á a relação de credores apresentada pelo

²⁸ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.152.

²⁹ Artigo 56 da LRE “Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. § 1o A data designada para a realização da assembléia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial. § 2o A assembléia-geral que aprovar o plano de recuperação judicial poderá indicar os membros do Comitê de Credores, na forma do art. 26 desta Lei, se já não estiver constituído. § 3o O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes. § 4o Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

³⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

³¹ Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Pesquisa Sobre Insolvência da PUC-SP, encontrou-se que 79.2% das empresas que tiveram alguma AGC, tiveram o plano de recuperação judicial aprovado. In: NEPI-PUCSP / ABJ - Observatório da Insolvência – 2017.

³² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.203.

³³ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.165.

administrador judicial ou a lista apresentada pelo devedor. Não participarão da AGC os credores excluídos da recuperação judicial³⁴.

O artigo 45 da LRE³⁵ disciplina os parâmetros para que se dê a aprovação do plano de recuperação judicial pela AGC. É necessário que este seja aprovado por todas as classes de credores. Assim, a aprovação do plano se dará caso haja voto favorável da maioria dos credores de cada uma das classes³⁶.

No entanto, ressalta-se que, em casos determinados, poderá o juiz deferir a recuperação judicial mesmo que o plano não tenha sido aprovado pelos credores, de acordo com os percentuais do artigo 45 da LRE, sendo que o deferimento pelo juiz deverá seguir os parâmetros dos incisos I, II e III, do §1º e do §2º do artigo 58 da LRE³⁷³⁸.

De acordo com Manoel Justino BEZERRA FILHO, essa situação configura o “cram down”, expressão importada do direito norte americano e que não possui tradução literal. A tradução livre seria “goela abaixo”, sendo que mesmo com a discordância dos AGC, o plano será aprovado³⁹.

³⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.204.

³⁵ Art. 45. Da LRE: Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta. § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes. § 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 2º Nas classes previstas nos incisos I e IV do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito. § 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito.

³⁶ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.164.

³⁷ ALMEIDA, Amador Paes De. Curso de Falência e Recuperação de Empresa. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.p.342.

³⁸ Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei. § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

³⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.202.

No entanto, Marlon TOMAZETTE defende que não se trata da figura do “cram down”, pois não se vislumbra poder discricionário do juiz. De acordo com o doutrinador, trata-se apenas de uma forma de aprovação alternativa do plano, pois no “cram down”, o juiz manda cumprir plano que não foi aprovado, o que não é identificado na hipótese do artigo 58, pois há uma aprovação expressiva do plano⁴⁰.

Entretanto, insta salientar posicionamento externado pela Ministra Nancy Andrighi. De acordo com ela, decisões tomadas pela AGC são dotadas de soberania. Ao julgador apenas caberia homologar a decisão, sendo que quanto menor a intervenção do juiz, mais chances de soerguimento a empresa possui⁴¹.

À AGC cabe também apresentar proposta de alteração do plano de recuperação judicial, a fim de possibilitar melhor atendimento aos interesses envolvidos. É necessária, no entanto, a anuência do devedor. Ainda, a alteração não pode acarretar em diminuição excessiva de direitos exclusivamente dos credores ausentes⁴².

Assim, ressalvados os casos aqui apresentados, a rejeição do plano de recuperação pela AGC tem como consequência a decretação da falência do devedor, conforme artigo 56, §4º da LRE.

2.3. CRÉDITOS CONCURSAIS

A recuperação judicial é um processo⁴³, sendo a “ação de recuperação uma demanda constitutiva, na medida em que cria uma situação jurídica nova ao devedor e aos credores envolvidos⁴⁴”.

⁴⁰ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.292

⁴¹ LUCHETE, Felipe. Nancy defende contagem em dias úteis para blindagem em recuperação judicial. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-nov-13/nancy-defende-contagem-dias-uteis-blindagem-recuperacao>>. Acesso em: 17 nov 2017.

⁴² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.288.

⁴³ Cabe ressaltar que existem doutrinadores que discordam da natureza processual da recuperação judicial e lecionam ter esta natureza contratual. Nesse sentido disserta Marlon Tomazette “Outrossim, a atuação judicial também não desconfigura a natureza contratual da recuperação, na medida em que se trata de simples supervisão. O Poder Judiciário não impõe a recuperação, ele só poderá concedê-la caso se chegue ao acordo entre os credores. Portanto, a recuperação judicial é um acordo de vontades entre o devedor em crise e seus credores, que se manifestam em conjunto, por meio da assembleia de credores, uma vez que possuem uma comunhão de interesses” In: TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.100-101. O autor também evidencia em sua obra autores que concordam com tal

Apesar de possuir um autor, que é o empresário ou a sociedade empresária que pretende se recuperar, não possui réus, pois não se trata de uma ação proposta contra alguém, mas sim em favor da empresa recuperanda.⁴⁵

Trata-se de juízo coletivo, no qual há uma pluralidade de pessoas – a universalidade de credores – ocupando um dos polos da relação. Nada obstante não serem classificados como réus da relação jurídica, fala-se em legitimidade passiva, para que se analise quais são os credores que se submetem ao processo da recuperação.

Conforme dispõe o artigo 49 da LRE, “submetem-se à recuperação judicial da empresa todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Sofrem os efeitos até mesmo os credores que não se habilitaram no processo de recuperação, quando contemplados pelo plano.

No entanto, a expressão todos os créditos pode levar a uma interpretação enganosa, pois há créditos que não se submetem ao plano de recuperação judicial. Cabe agora, entretanto, analisar quais os créditos que se submetem à recuperação judicial e quais as alterações que tais obrigações sofrem. De acordo com o artigo 49 da LRE, em seu parágrafo segundo, as obrigações anteriores à recuperação permanecem com as condições contratadas ou definidas em lei, inclusive quanto aos encargos, salvo o que for estabelecido na recuperação judicial.

Considerando que o plano de recuperação judicial é uma das ferramentas essenciais do instituto para a reorganização da empresa, este pode alterar as condições de contratação originariamente definidas.⁴⁶

Dispõe o artigo 59 da Lei que “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a

classificação: PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coord.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84; ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 299; MARZAGÃO, Lídia Valéria. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 92; CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 123; VILLANI, Gian Piero. In: DI PEPE, Giorgio Schiano (Coord.). Il diritto fallimentare riformato. Padova: CEDAM, 2007, p. 491.

⁴⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.513.

⁴⁵ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.125.

⁴⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.548.

ele sujeitos, sem prejuízo das garantias...”. A novação está prevista no artigo 360 do Código Civil. A LRE faz referência à hipótese prevista pelo parágrafo primeiro do referido artigo, no qual a novação ocorre quando o devedor contrai nova dívida para extinguir e substituir a anterior.⁴⁷ Assim, permanecem suspensas todas as execuções e ações que correm contra a empresa em recuperação.⁴⁸

A novação é a substituição de uma obrigação por outra. Na definição de Rosa Maria de Andrade NERY⁴⁹, “novação significa modificação ou substituição de uma obrigação por outra. É a extinção de uma obrigação *preexistente*, através da criação de uma nova obrigação, a qual substituiu a primeira”.

De acordo com Paulo LOBO “não há nova dívida, nem transformação de uma dívida (obrigação) em outra, mas dívida que assume lugar de outra. O vínculo anterior não perdura, é substituído instantaneamente.”⁵⁰

Sobre a novação na recuperação judicial, discorre Fabio Ulhoa COELHO:

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso se verifique a convolação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*. A substituição da garantia no exemplo acima cogitado se desfaz e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora.⁵¹

Em regra, a novação extingue os acessórios e as garantias da dívida novada. No entanto, cabe ressaltar que essa previsão não se aplica à LRE, na qual os coobrigados mantêm suas garantias, conforme se depreende da disposição “sem prejuízo das garantias”.⁵² Assim, a novação na recuperação judicial apresenta diversas peculiaridades e diferenças em relação à novação do Código Civil.

⁴⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.549.

⁴⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.203.

⁴⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de Direito Civil. Vol. II. Direito das Obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p.309.

⁵⁰ LOBO, Paulo. Direito Civil: Obrigações. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p.223.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.168.

⁵² Assim, as execuções contra os coobrigados correm normalmente, a menos que haja a concordância do credor em sentido contrário. Tal concordância seria uma modalidade específica de renegociação do crédito, a substituição de garantias, na qual o credor de garantia hipotecária ou pignoratícia concorde em extinguir ou substituir sua garantia por outra. In: COELHO, Fábio Ulhoa.

Nas palavras de Luiz Felipe SALOMÃO e Paulo Penalva SANTOS, “o plano de recuperação opera novação *sui generis* em relação às dívidas da empresa⁵³”.

De acordo com Scilio FAVER, a novação na LRE é uma novação específica, visto que, uma vez decretada a falência do devedor os credores reassumirão suas características anteriores, sendo que serão descontados eventuais valores recebidos durante a vigência do plano de recuperação judicial⁵⁴.

Tendo em vista tais considerações acerca da novação, ressalta-se que, todavia, essa possibilidade de novar os créditos por meio do plano de recuperação judicial possui limitações. O artigo 54 da LRE determina o alcance do plano de recuperação judicial e impõe limites para a estratégia de recuperação. Tal limitação visa a proteção de certas classes de credores, como os credores trabalhistas. Para esses credores, o plano não pode prever prazo superior a um ano para pagamento dos créditos. Além de ter o limite de 30 dias para o pagamento de até cinco salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação, dado o caráter nitidamente alimentar do crédito⁵⁵.

Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.134. Cabe ressaltar um posicionamento contrário, apesar de não dominante. De acordo com os ensinamentos de Eduardo S. MUNHOZ, quando o legislador falou em “sem prejuízo das garantias”, na verdade se referia às garantias e acessórios da dívida em geral, mas a fiança, o penhor, a hipoteca e a anticrese sobre bens pertencentes a terceiros e a obrigação solidária de outros devedores (arts. 364,365 e 366 CC). O professor chega a essa conclusão, pois a novação acarreta, necessariamente, a extinção de tais garantias, de acordo com os referidos artigos do Código Civil. Portanto, de acordo com as lições de Munhoz, essa seria a interpretação sistemática correta entre o artigo 59 da LRE e os arts. 364,365 e 366 do CC In: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Seção IV – Do procedimento de recuperação judicial. IN: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.290-291. Também é utilizado para sustentar o argumento de que a novação abarca as garantias o fato de a LRE dispor que no caso de convalidação em falência, as garantias seriam restituídas. Assim, possibilita-se a interpretação de que as garantias teriam sido alteradas, já que não seria possível restituir algo que não foi modificado In: OLIVEIRA, Eduardo Henrique Martins de.; RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. Recuperação Judicial e o avalista: possíveis efeitos da atual tendência jurisprudencial. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1297876/S realizado pelo STJ, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior, decidiu-se que as execuções individuais contra os coobrigados deveriam ser suspensas até que a recuperação judicial fosse encerrada. Assim, o crédito deveria ser quitado nos termos do plano de recuperação judicial e, caso não fosse, a execução deveria retomar seu curso. AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.297.876 - SP (2010/0063102-7).

⁵³ SALOMÃO, Luiz Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência – teoria e prática. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.p.208.

⁵⁴ FAVER, Scilio. Curso de recuperação de empresas. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p.128.

⁵⁵ “O tratamento complexo dado ao reconhecimento de créditos trabalhistas, na falência e na recuperação judicial, gera algumas dificuldades de interpretação; Ainda que superáveis essas dúvidas, é previsível a ocorrência de questionamentos a respeito. Não são claras as normas

Além dos credores que se submetem ao plano de recuperação judicial, existem outras categorias: aqueles que possuem créditos inexigíveis e aqueles cujos créditos possuem natureza extraconcursal, ou seja, créditos que não se submetem à recuperação judicial.

2.4. CRÉDITOS INEXIGÍVEIS

De acordo com o artigo 5º, da LRE, não serão exigidos do devedor e, portanto, não são abrangidas pela recuperação judicial as obrigações a título gratuito e as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Art. 5.º Não são exigíveis do devedor, na recuperação judicial ou na falência:

I – as obrigações a título gratuito;

II – as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Leciona Marlon TOMAZETTE que as obrigações que apenas diminuirão o patrimônio do devedor, sem nenhuma contrapartida, são obrigações a título gratuito e não podem ser exigidas do devedor em recuperação. Assim, para o doutrinador, não é possível obrigar a empresa em recuperação judicial a pagar um débito que apenas lhe trará prejuízos, sem retorno algum. Tal cobrança acarretaria em enorme prejuízo à massa de credores e à empresa recuperanda⁵⁶.

Conforme ensinamentos de Manoel Justino BEZERRA FILHO:

doações, atos de benemerência, favores prometidos não podem ser cobrados na falência Poderá também ser considerado ato a título gratuito o

aplicáveis. Os créditos trabalhistas serão apurados em ações e impugnações “processadas perante a justiça especializada”, e serão inscritos “no quadro geral de credores pelo valor determinado em sentença”. O processamento é, pois, bifronte. A apuração se faz por meio das reclamações ajuizadas na Justiça do Trabalho, mas o crédito sujeita-se aos efeitos concursais, tanto que deve ser inserido no quadro geral de credores”. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.p.72 e 73.

⁵⁶ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.116.

aval prestado sem interesse econômico direto da empresa, fiança, cessão, comodato, etc.⁵⁷⁵⁸

Fábio Ulhoa COELHO também discorre sobre a inexigibilidade das obrigações firmadas a título gratuito:

A inadmissão das obrigações gratuitas tem o sentido de economizar os poucos recursos disponíveis para o atendimento dos credores que titulam crédito derivado de negócio oneroso ou de natureza pública. Não seria justo comprometer parte dos recursos disponíveis na massa ou no patrimônio do devedor em recuperação no atendimento a obrigação gratuita, quando não há suficientes para pagamento de todos os credores.⁵⁹

Ainda, de acordo com o inciso II do art. 5º da LRE, não poderão ser exigidas as despesas que os credores fizerem para tomar parte na recuperação judicial ou na falência, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor. Ou seja, não poderão ser cobradas dos devedores em recuperação as custas e honorários dispendidos pelo credor para habilitar-se nos processos de recuperação judicial.

Tal disposição “representa uma exceção à regra geral da distribuição do ônus da sucumbência⁶⁰”.

Portanto, como se vê, tais créditos elencados pelo art. 5º da LRE tornam-se inexigíveis a partir do momento em que a empresa devedora de tais, entra em recuperação judicial.

2.5. CRÉDITOS EXTRACONCURSAIS

Além dos créditos inexigíveis, há outra categoria de créditos que não é sujeita à recuperação judicial. No entanto, nesse caso, os créditos serão cobrados, porém não se submeterão ao concurso de credores.

Assim, não se submetem à recuperação judicial: os créditos de natureza fiscal (conforme o artigo 187 do Código Tributário Nacional), a importância entregue

⁵⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.83.

⁵⁸ O artigo 5º da LRE, comentado pelo autor, faz parte das disposições comuns à recuperação judicial e à falência.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.33-34.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.34.

ao devedor decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação (artigo 75, §§ 3º e 4º da Lei nº 4725/65), o credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio (artigo 49, § 3º da LRE).

Marlon TOMAZETTE⁶¹ divide tais credores excluídos da recuperação em duas categorias: os credores fiscais e os credores proprietários.

Os créditos fiscais são extraconcursais por disposição expressa do artigo 187 do Código Tributário Nacional:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)
Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:
I - União;
II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;
III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Já os credores proprietários seriam aqueles descritos pelo artigo 49, §3º da LRE: os proprietários fiduciários, arrendadores mercantis, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio⁶².

De acordo com Gladston MAMEDE, tais créditos não se submetem à recuperação judicial e prevalecem os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratadas. No entanto, deve-se observar que se garante ao devedor o direito de manter os bens essenciais à atividade empresarial em seu estabelecimento comercial durante o prazo de suspensão das ações contra o devedor.⁶³

⁶¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.118.

⁶² TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.119

⁶³ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.130.

Também merece destacar que não se submetem à recuperação judicial os credores cuja obrigação formou-se após a distribuição da recuperação judicial. De acordo com Fabio Ulhoa COELHO “os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação”.⁶⁴

Nesse sentido, disserta Rachel SZTAJN:

No que concerne à remoção dos bens do estabelecimento do devedor, o fundamento é evidente, manter as operações, entretanto melhor seria a frase final do parágrafo, que se limita a serem os bens essenciais ao exercício da atividade, não viesse atrelada a irretratabilidade ou irrevogabilidade. O fato de ser o bem essencial para a manutenção do exercício da atividade, fundamento da restrição, não se atém nem se assemelha às hipóteses anteriores. Aqui o que se visa garantir é a geração de caixa, preservar empregos, oferecer produtos, bens ou serviços à sociedade. Naqueles outros casos o objeto tem que ver com a estabilidade do pacto, como evitar arrependimento baseado na dinâmica de mercado.⁶⁵

Cabe ressaltar que, de acordo com a Súmula 480 do STJ “o juízo de recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação judicial da empresa”.

No entanto, a interpretação correta que se deve dar à Súmula, de acordo com Manoel Justino BEZERRA FILHO é que:

no sentido de que os bens e não os créditos é que escapam da apreciação do juízo da recuperação. O STJ, por manifestação jurisprudencial pacificada, consagrou o entendimento de que as execuções que prosseguem por créditos não sujeitos à recuperação, ainda assim ficam sujeitas ao juízo da recuperação, para atos de execução, v.g., expropriação do bem.⁶⁶

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p.131.

⁶⁵ SZTAJN, Rachel. Capítulo III – Da recuperação judicial – Seção I, Disposições Gerais. In: Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 coordenação Francisco Satiro de Souza, Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.228.

⁶⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.161.

Portanto, observa-se que muitos credores acabam sendo excluídos dos efeitos da recuperação judicial, o que, de acordo com Marlon TOMAZETTE, “chega a violar a própria ideia de preservação da empresa⁶⁷”.

Isto posto, tem-se que a extraconcursalidade dos proprietários fiduciários é um dos temas que mais gera controvérsias no âmbito da recuperação judicial, visto que grande parte dos credores, atualmente, se reveste de tal característica.

⁶⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.119.

3. GARANTIAS FIDUCIÁRIAS

Com o passar dos anos, as clássicas garantias legais, tais como a hipoteca, o penhor e a anticrese, começaram a demonstrar deficiências. Até o final do século XIX, tais garantias eram consideradas suficientes aos fins a que se destinavam. No entanto, fez-se necessária uma revisão no sistema de garantias, de modo a contornar os problemas decorrentes de tais figuras e permitir maior circulação de riquezas⁶⁸.

Em meio a esse contexto, os juristas europeus, baseados em antigos institutos romanos, cunharam a figura do negócio fiduciário com o fim de satisfazer uma sociedade industrializada e oferecer maior proteção ao crédito, criando condições para que o devedor cumpra a obrigação.⁶⁹ Assim, a nova necessidade do mercado veio a ser suprida através da adaptação de um antigo instituto.

Conforme leciona Melhim Namem CHALUB:

Define-se negócio fiduciário como o negócio jurídico por meio do qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário⁷⁰.

Isto posto, ressalta-se que no direito brasileiro os contratos de natureza fiduciária dividem-se em alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de crédito ou de títulos de crédito. Atribui-se a tais garantias a denominação de propriedade fiduciária⁷¹.

3.1. A FIDUCIA ROMANA E O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

O negócio fiduciário tem origem no instituto da fidúcia, do direito romano⁷². Existiam dois tipos de negócios fiduciários: i) a “fiducia cum amico” e ii) a “fiducia cum creditore”.

⁶⁸ CHALUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.29.

⁶⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. Da alienação fiduciária em garantia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.p.3.

⁷⁰ CHALUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p.31.

⁷¹ CHALUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.134.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. 2ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1979.p.20.

A primeira era uma espécie de negócio jurídico no qual uma pessoa alienava seus bens em face de uma condição de que seriam restituídos quando cessarem as situações que motivaram o negócio jurídico, como uma viagem, uma guerra, questões políticas. Nessa modalidade, portanto, não havia a finalidade de garantia. Nela, objetivava-se a guarda e conservação do bem⁷³.

Por outro lado, a “fiducia cum creditore” aproxima-se do modelo que hoje se conhece. Também chamada de “fiducia pignoris causa cum creditore”, nessa modalidade, o proprietário vendia bens a seu credor, sendo que este seria restituído quando a dívida estivesse quitada⁷⁴.

Ambas as modalidades possuíam traço comum, que era a efetiva transmissão da propriedade de determinado bem, com a ressalva de que essa transmissão era condicionada ao cumprimento de determinado fim. Assim, havia a obrigação do adquirente-fiduciário de restituir o objeto depois que o objetivo do contrato fosse cumprido⁷⁵.

Sustenta-se que a fidúcia romana finca suas raízes na Lei das XII Tábuas, e se baseava, no início, essencialmente na confiança, na boa-fé e na lealdade. Nessa modalidade, o descumprimento da obrigação culminava apenas em sanções de natureza moral.

Posteriormente, a fidúcia instituiu-se no direito romano por meio de pacto adjeto, que era incidental ao negócio de transmissão da propriedade, o qual era realizado mediante fórmulas verbais solenes⁷⁶. Denominava-se “pactum fiduciae”.

Assim, a fidúcia sofreu processo de evolução e foi se amoldando às necessidades e circunstâncias de cada momento. E tal processo evolutivo não desnatura o instituto, apenas o adapta à nova realidade. Atualmente, apesar de tais negócios não repousarem unicamente na confiança, este elemento continua presente só que de forma mitigada⁷⁷.

⁷³ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514/97. 1ª edição. São Paulo, Editora LTr, 1999.p. 23.

⁷⁴ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514/97. 1ª edição. São Paulo, Editora LTr, 1999.p.32.

⁷⁵ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.11

⁷⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e. Reflexões sobre a Jurisprudência em Face da Cessão Fiduciária de Créditos na Recuperação Judicial. Disponível em: <https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417529073/da-cessao-fiduciaria-de-creditos-na-recuperacao-judicial>.

⁷⁷ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.57.

A confiança que é hoje observada não é exatamente a confiança no fiduciário, mas sim na eficácia do instituto, nos organismos estatais de controle e fiscalização de tais contratos⁷⁸.

Em nosso sistema jurídico, a fiducia foi instituída por meio da Lei 4728/1965, que regula o mercado de capitais e segue o modelo romano da “fiducia cum creditore”.

3.2. A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

A obtenção de crédito no mercado mostra-se como instrumento imprescindível na sociedade atual, tanto para os consumidores como para os empresários, que cada vez mais necessitam de incrementos para o desenvolvimento de sua atividade.⁷⁹

Cabe ao Direito, então, possibilitar o acesso ao crédito por meio da criação de figuras jurídicas que desempenhem tal papel, buscando um meio pelo qual o credor receba o que lhe é devido, sem que o devedor seja onerado em excesso⁸⁰. Foi diante dessa necessidade, portanto, que surgiu a garantia da propriedade fiduciária.

De acordo com Melhim Namem Chalub, “a propriedade, ou titularidade fiduciária, em garantia é direito real, oponível *erga omnes*, sendo o contrato seu título aquisitivo e o registro o modo de sua aquisição”⁸¹.

Cabe aqui ressaltar as lições de Fabio Ulhoa COELHO⁸², que estabeleceu a seguinte diferenciação:

Nas duas hipóteses, a garantia real manifesta-se mediante a vinculação no pagamento de uma obrigação de um ou alguns bens do devedor (integrantes patrimônio deste no momento imediatamente anterior à constituição da obrigação).

Os direitos reais de garantia constituem na atribuição ao credor de uma garantia real sobre bem que continua a ser de propriedade do devedor,

⁷⁸ CHALUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.57.

⁷⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.740.

⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. 2ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1979.p.2

⁸¹ CHALUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.134

⁸² COELHO, Fabio Ulhoa. A trava bancária. Revista do advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n.105, set, 2009. p.62

mesmo após a constituição da obrigação garantida. São três as garantias reais desta espécie: hipoteca, penhor e anticrese. Já nos direitos reais em garantia, a garantia real recai sobre bem originariamente do devedor, mas que passa à propriedade do credor – propriedade resolúvel, desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas: alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios.

É relevante a classificação da garantia real numa ou noutra categoria em vista da forma de sua efetivação. Quando se cuida de direito real de garantia, a efetivação alcança-se mediante expropriação judicial do bem (no bojo de execução individual ou concursal); enquanto a de direito real em garantia faz-se pela consolidação da propriedade do bem garantido no patrimônio do credor.

O artigo 1.361 do Código Civil define a propriedade fiduciária como “a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor⁸³”.

A propriedade fiduciária se transfere ao credor em forma de patrimônio de afetação. Forma propriedade resolúvel, que é “aquela que se resolve pelo implemento de uma condição ou advento de um termo, com efeito ex tunc⁸⁴”. Portanto, o que ocorre na propriedade fiduciária é que o credor-fiduciário é proprietário sob condição resolutiva (apenas enquanto perdurar a obrigação) e assim que cumprida a obrigação, a propriedade retorna ao devedor-fiduciante⁸⁵.

O patrimônio de afetação acima referido, de acordo com a conceituação de Melhim Namen CHALUB, seria a segregação patrimonial imposta a determinados bens, para que se destinem à finalidade específica. Assim, o bem se submete a regime especial para que atenda determinado fim.⁸⁶

Tem-se que os atos de natureza fiduciária importam na constituição deste patrimônio de afetação, o qual é exceção ao princípio de que o patrimônio é garantia geral dos credores⁸⁷. Assim, quando a propriedade fiduciária constitui-se sobre bem ou direito, tal objeto da garantia fiduciária não responderá por outras dívidas do

⁸³ Art. 1361 do CC “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. §1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. § 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa. § 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.”

⁸⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 19.

⁸⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 19.

⁸⁶ CHALUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 65.

⁸⁷ CHALUB, Melhim Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 67.

devedor-fiduciante⁸⁸. O referido complexo de bens e direitos apenas será utilizado para o fim ao qual foi determinado⁸⁹.

Em suma, “o patrimônio de afetação tem um regime de responsabilidade próprio, só respondendo os bens que o compõem pelas obrigações que deram origem à afetação, não respondendo esses bens pelas obrigações gerais⁹⁰”.

A propriedade fiduciária, conforme se verá a seguir, exsurge dos contratos de alienação fiduciária em garantia e de cessão fiduciária de crédito ou de títulos de crédito.

3.3. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

O contrato de alienação fiduciária em garantia é título constitutivo de propriedade fiduciária, tendo sido originalmente delineado pelo artigo 66 da Lei 4.728, de 1965, que criou a alienação fiduciária visando suprir a insuficiência de garantias existentes até então⁹¹.

De acordo com Paulo RESTIFFE NETO:

o ressurgimento da fidúcia, na atualidade, incorporada ao direito positivo como espécie de nova garantia, decorre da crise constatada na prática de utilização de outros tipos de direitos reais de garantia clássico. Sobretudo a hipoteca, precisamente pela sua estrutura de direito real de garantia constituído sobre bem alheio, expõe, por isso, a sua maior fragilidade, exacerbada pela crise de entupimento da Justiça.⁹²

Também discorre José Carlos MOREIRA ALVES sobre a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia:

Para facilitar a obtenção do crédito, é indispensável garantir, de maneira mais eficiente possível, o credor, sem, em contrapartida, onerar o devedor a ponto de que fique, por causa da garantia, impedido de pagar o que deve, ou de se utilizar, de imediato, daquilo que adquiriu a crédito. Para atingir esse objetivo, o direito moderno, atentando para o manifesto desapareço do crédito pessoal em nossos dias, em virtude do ritmo febricitante da circulação de bens aliado ao crescimento constante e progressivo da população, tem modelado, principalmente por meio de construção

⁸⁸ SALAMA 2013 p. 15

⁸⁹ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.68.

⁹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. São Paulo: Editora Atlas, 2013.p. 24.

⁹¹ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.175.

⁹² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantia Fiduciária. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.22.

doutrinária, garantias reais que decorrem da conjugação da transferência da propriedade com o não desapossamento da coisa que era do devedor e que serve para garantir o pagamento do débito.⁹³

Foi inspirada pelo instituto romano “fiducia cum creditore”, que surgiu a primeira lei que regulou o a alienação fiduciária no Brasil. A Lei 4.728 de 14.07.1965, que disciplina o mercado de capitais, a alienação fiduciária em garantia. Tal legislação “inseriu em nosso ordenamento mais um direito real de garantia, que se agrega ao rol já existente, com garantias próprias”⁹⁴.

Ato contínuo, o artigo 66 da Lei 4.728/1965 foi alterado pelo Decreto Lei 911/1969⁹⁵, que estabeleceu a alienação fiduciária como instrumento de obtenção de crédito, criando contornos definitivos⁹⁶.

Ainda, foi promulgada a Lei 9.514 de 20.11.1997, a qual dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e que ampliou o objeto do instituto da alienação fiduciária de modo a alcançar os bens imóveis. Tal lei supriu importante lacuna do sistema de garantias, ao disciplinar a alienação fiduciária de bens imóveis⁹⁷.

Apesar de ter mais aplicação no mercado de produção e de comercialização de imóveis com pagamento parcelado, a Lei 9.514/1997 não possui sentido restritivo: é possível que seja constituída propriedade fiduciária de bem imóvel para garantia de qualquer obrigação.

Posteriormente, o Decreto Lei 911/1969, acima referido, foi alterado pela Lei 10.931, de 02.08.2004, que “teve por finalidade maior criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias”.⁹⁸

O Código Civil também participou da disciplina do instituto, em seus arts. 1.361 a 1.368-A, dando contornos gerais à matéria, sob a epígrafe de propriedade

⁹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. Da alienação fiduciária em garantia. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.p.2.

⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.p.405.

⁹⁵ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.175

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.406

⁹⁷ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.237

⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.406.

fiduciária. Assim, o Código Civil passou a regular a maioria das disposições acerca da propriedade fiduciária⁹⁹.

Ao contrário da Lei 4.728/1965, as disposições do Código Civil acerca da garantia fiduciária não restringiram sua aplicação ao mercado de capitais, mas sim legitimaram qualquer pessoa a contratar sua aplicação em garantia de pagamento de dívida¹⁰⁰. Logo, tendo em vista as legislações aplicáveis à alienação fiduciária, cabe entender e classificar tal instituto.

De acordo com Marlon TOMAZETTE, é possível falar em três tipos de alienação fiduciária:

comum, especial e de imóveis.⁵⁴ A primeira é disciplinada pelo Código Civil (arts. 1.361 a 1.368) e terá por objeto qualquer bem móvel infungível. A segunda é a regida pela Lei no 4.728/65 e pelo Decreto-lei no 911/69, podendo abranger bens móveis fungíveis ou infungíveis, limitandose, contudo, a garantia de operações realizadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários. Por fim, a alienação fiduciária de imóveis é regida pela Lei no 9.514/97, podendo ser utilizada em qualquer operação.¹⁰¹

Leciona Marcia Carla PEREIRA RIBEIRO acerca da classificação da alienação fiduciária:

Trata-se o contrato de alienação fiduciária de contrato bilateral, real, oneroso e cumulativo. É bilateral, pois prevê prestações recíprocas entre os contratantes, cabendo ao credor- financiador a transferência da posse direta do bem objeto do contrato e ao devedor-fiduciante a obrigação de efetuar o pagamento da dívida contraída junto ao credor-financiador.

Fran MARTINS também define a alienação fiduciária em garantia:

Consiste a alienação fiduciária em garantia na operação em que, recebendo alguém financiamento para aquisição de bem móvel, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída. A pessoa que

⁹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.406.

¹⁰⁰ Assim, existem no direito positivo brasileiro duas espécies de propriedade fiduciária de bens móveis, para fins de garantia: uma de aplicação geral como garantia de dívida, sem restrição quanto a pessoa do credor, regulamentada pelos arts. 1.361 a 1.368-B do Código Civil, outra exclusivamente para garantias de créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capital, bem como do fisco e da previdência social, caracterizada pelas disposições especiais definidas pelo art. 66-B e seus parágrafos da Lei 4.728/2004. In: CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.177.

¹⁰¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.120.

recebe o financiamento e aliena o bem em garantia tem o nome de alienante ou fiduciante; o credor ou financiador que adquire o bem em garantia é chamado de fiduciário. A característica desse contrato é o fato de ao fiduciário (credor ou financiador) ser transferido o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. Este ficará em poder do devedor ou fiduciante, que passa a ser o possuidor direto e depositário do bem, com todas as responsabilidades e todos os encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (art. 66 da Lei 4.728, com redação dada pelo Dec.-lei 911).¹⁰²

De acordo com Melhin Chalhub¹⁰³, define-se alienação fiduciária como o negócio jurídico por meio do qual o devedor/fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor/fiduciário, da propriedade ou titularidade resolúvel de determinado bem (coisa móvel, imóvel ou títulos de crédito). Assim, o devedor mantém a posse direta e é considerado o depositário do bem, enquanto o credor possui a posse indireta. No entanto, ressalta-se, caso a alienação seja sobre bem fungível, direito sobre bem móvel ou título de crédito, via de regra, a posse direta e a indireta permanecem com o credor.

Na alienação fiduciária, portanto, o credor-fiduciário passa à condição de proprietário dos bens alienados pelo devedor fiduciante¹⁰⁴, detendo a propriedade resolúvel, conforme artigo 1359 do Código Civil. Como visto, a propriedade resolúvel é aquela que se resolve através do implemento de condição ou advento de determinado prazo. Conforme interpretação do artigo 1359 do Código Civil, a resolução da propriedade tem efeito retroativo, ou seja, é como se a alienação jamais houvesse ocorrido. Assim, quando cumprida a obrigação pelo devedor-fiduciante, o direito de propriedade do credor-fiduciário cessa e a propriedade retorna ao devedor¹⁰⁵.

Tendo em vista tais definições, cabe apresentar os requisitos aos quais se submete a alienação fiduciária. O instrumento da alienação fiduciária deve conter, ao mínimo, o total da dívida ou de sua estimativa, o local e a data do pagamento, a taxa de juros e as comissões cuja cobrança for permitida. Eventualmente, conterà cláusula penal e a estipulação da correção monetária e índices aplicáveis, além da

¹⁰² MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.p.166.

¹⁰³ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.31.

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.411.

¹⁰⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. São Paulo: Editora Atlas, 2013.p. 19.

descrição do bem objeto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação ¹⁰⁶(Lei nº 4.728, artigo 66, § 1º, a, b, c e d, de acordo com a redação dada pelo artigo 1º do Dec. – Lei 911 e artigo 1.362 do CC).

Já em relação especificamente à alienação fiduciária de bens imóveis, o artigo 24 da Lei 9.514/1997 é que disciplina as cláusulas essenciais a serem enunciadas pelo instrumento.

A propriedade fiduciária só se considera constituída mediante registro do contrato de alienação fiduciária no registro competente. O registro é elemento essencial da segurança jurídica, pois, na sua falta, o gravame não terá eficácia contra terceiros. Assim, é elemento essencial para que a alienação fiduciária produza todos seus efeitos¹⁰⁷¹⁰⁸.

Insta salientar que quando da extinção da dívida pelo devedor fiduciante, este se torna proprietário do bem, através da resolução da propriedade. Inclusive, ressalte-se que a alienação fiduciária tem em sua própria razão sua extinção, ou seja, o título aquisitivo da propriedade já contém o germe de sua extinção.¹⁰⁹

No entanto, caso não seja cumprida a obrigação por parte do devedor fiduciário, é ao credor reservado o direito de vender a coisa a terceiro e aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, sendo que o devedor receberá eventual saldo remanescente (Lei 4.728, artigo 66, § 4º).

Assim, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor, pode o credor requerer a busca e apreensão, que é a garantia efetiva do cumprimento da obrigação, tal como disposto pelo DL 911/69¹¹⁰ e que será liminarmente concedida pelo juiz.

De modo breve, tem-se que a ação de busca e apreensão é um instrumento hábil de pronta apanha do objeto em garantia por conta do credor

¹⁰⁶ MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.p.168.

¹⁰⁷ Acerca da temática do registro de maneira mais detalhada, confira-se o item 4.1 do presente trabalho.

¹⁰⁸ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.188

¹⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.411.

¹¹⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.448.

fiduciário. É um processo autônomo, independente de qualquer procedimento e predominantemente real, pois visa assegurar um direito real¹¹¹¹¹².

A ação de busca e apreensão pode ser manejada com a simples comprovação da mora, que autoriza, desde já, a concessão da liminar. Cinco dias após a execução desta liminar, existe a consolidação da propriedade do credor¹¹³.

Assim, de acordo com o artigo 1364 do Código Civil, uma vez vencida a dívida e não paga, o credor fica obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, devendo aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, entregando o saldo, se houver, ao devedor.

Tal obrigação de vender decorre da disposição legal que proíbe a cláusula comissória (artigo 66, §6º da Lei 10.931/2004). Após a busca e apreensão do bem, então, ele deve ser alienado conforme determinação legal. A única exceção a essa regra é a trazida pelo artigo 1365 do Código Civil, em seu parágrafo único:

Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.

Portanto, tem-se que o contrato de alienação fiduciária em garantia tornou-se o meio mais seguro de tutelar o credor, visto que nessa relação contratual o devedor reserva a mera posse do bem, sem qualquer direito real. Destaca-se, novamente, o instrumento da busca e apreensão, que fica disponível ao credor para fazer cumprir a obrigação em caso de inadimplemento.¹¹⁴

¹¹¹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. São Paulo: Editora Atlas, 2013.p. 32

¹¹² RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantia Fiduciária. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.754.

¹¹³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.448.

¹¹⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das coisas. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.440.

3.4. CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Primeiramente, se faz necessário conceituar a cessão de crédito para que em seguida se compreenda a cessão fiduciária. Sobre o assunto, leciona PAULO LOBO¹¹⁵:

A cessão de crédito é negócio jurídico bilateral de transmissão de crédito de um credor para terceiro, que assume sua posição. Todo crédito, em princípio, é cedível, salvo se o próprio negócio jurídico o proibir, por convenção das partes, ou se a lei estabelecer vedação, ou se a natureza da obrigação obstá-la. Pode ser cedido tanto antes como depois do vencimento, e ainda quando esteja ajuizado. Um dos exemplos mais comuns da cessão de crédito é a que se dá mediante desconto bancário, pelo qual o titular do título de crédito o transfere ao banco, levantando o valor monetário que pretendeu.

Assim, a cessão de crédito faz com que ocorra alteração subjetiva no polo ativo, sendo que o credor transferirá sua qualidade creditória contra o devedor. Nessa operação, identificam-se três figuras, quais sejam: o credor originário (cedente), o devedor (cedido) e o novo credor (cessionário). Ressalta-se que a cessão ocorre independentemente da anuência do devedor¹¹⁶, ressalvado o que dispõe o artigo 290 do CC, que prevê a necessidade da notificação do devedor, para que tenha eficácia em relação a este.

A cessão de créditos está atualmente regulada pelos arts. 286 a 298 do Código Civil, inseridos no Título referente às Transmissões de Obrigações. O artigo 288 determina a forma pela qual deve ser realizada a cessão de crédito para que esta tenha eficácia perante terceiros: celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do §1º do artigo 654, também do Código Civil.

Tendo esse panorama geral acerca de como se opera a cessão de créditos, passa-se à análise da cessão fiduciária propriamente dita e de seu uso como modo de garantir operações realizadas no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

Alguns meses após a promulgação da Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965), a qual instituiu o instrumento da alienação fiduciária em garantia de

¹¹⁵ LOBO, Paulo. Direito Civil: Obrigações. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p.153.

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado – conforme a Constituição da República. Vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.p.572.

bens móveis, a Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil (Lei 4.864/1965) foi promulgada, instituindo nova forma de garantia fiduciária: a cessão fiduciária de crédito em garantia¹¹⁷.

Dispõe o artigo 23 da referida Lei:

Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

A cessão fiduciária surgiu como um instrumento de garantia, o qual foi criado em favor das instituições de financiamento para que possuísem uma eficaz satisfação dos créditos correspondentes à entrega de amplos recursos de estímulo às empresas que se dedicam à indústria de construção civil¹¹⁸.

Ato contínuo, foi promulgada a Lei 9.514/1996 que ampliou o campo de aplicação da cessão fiduciária, que até então se restringia aos créditos oriundos de financiamento habitacional. Assim, a referida legislação permitiu o uso generalizado da garantia.¹¹⁹

Ainda, outros dispositivos surgiram para tutelar a cessão fiduciária de créditos: o artigo 66 da Lei 4.728/1965 foi alterado pelo artigo 55 da Lei 10.931/2004 e estabeleceu a cessão fiduciária sobre bens móveis e títulos de crédito, na qual o devedor se obriga a transferir a titularidade fiduciária dos direitos ou dos créditos ao credor. No entanto, essa modalidade se restringiu aos créditos constituídos no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como aos créditos fiscais e previdenciários¹²⁰.

Por fim, o artigo 88 da Lei 11.196/2005 prevê a possibilidade de cessão de quotas de fundo de investimento para garantia de locação imobiliária, a qual poderia ser formalizada no próprio contrato de locação ou por meio de um termo a parte.

Em suma, aplicam-se à cessão fiduciária os princípios pertinentes de alienação fiduciária da Lei de Mercado de Capitais e as regras do Código Civil.

¹¹⁷ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantia Fiduciária. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.114.

¹¹⁸ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Garantia Fiduciária. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.115.

¹¹⁹ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.375.

¹²⁰ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.376.

Assim, a cessão fiduciária implica a transferência ao patrimônio da instituição financeira credora da propriedade resolúvel do crédito¹²¹. E, tal como a Lei 9.514/1997 ampliou a abrangência do instituto para que sirva de garantia à qualquer operação de financiamento imobiliário. Portanto, superou-se a regulamentação anterior que determinava ser contrato privativo de determinadas instituições financeiras¹²².

Logo, cabe trazer a definição apresentada por Fernanda dos Santos TEIXEIRA, inspirada por Orlando GOMES:

A cessão fiduciária é negócio fiduciário, pois o crédito é verdadeiramente transferido, mas com outra finalidade, porque o cedente quer, para si, sua realização. Pela confiança que deposita no cessionário, efetua a cessão, mas no intuito de que, uma vez cobrado, lhe seja, a ele cedente, transferido o seu objeto. Na cessão fiduciária, compromete-se o cessionário a entregar ao cedente o que recebeu do devedor¹²³.

Conclui-se que a cessão fiduciária constitui direito real de garantia e opera a transferência de titularidade do crédito. Em tal contrato, tem-se que quando vencido o crédito, poderá o credor-fiduciário, então, cobrar do devedor-fiduciante para que seja utilizado o valor recebido do crédito cedido para o pagamento da dívida.¹²⁴

Apesar de tal entendimento, insta ressaltar que há corrente que faz distinção entre direito real de garantia e em garantia: Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Fabio Ulhoa COELHO¹²⁵

Enquanto os direitos reais *de* garantia oneram bem da propriedade do devedor, os direitos reais *em* garantia incidem sobre bem da propriedade resolúvel do credor. Este último torna-se titular da propriedade da coisa originariamente pertencente ao devedor, como forma de assegurar-se do recebimento de seu crédito.

Os direitos reais em garantia são direitos sobre a própria coisa. O credor assegura-se quanto ao seu recebimento de seu crédito, por meio da instituição de direito real sobre bem que pertencia ao devedor, mas que,

¹²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Direito Autoral. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.p.534.

¹²² CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.379.

¹²³ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.85

¹²⁴ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e. Reflexões sobre a Jurisprudência em Face da Cessão Fiduciária de Créditos na Recuperação Judicial. Disponível em: <https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417529073/da-cessao-fiduciaria-de-creditos-na-recuperacao-judicial>.

¹²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Direito Autoral. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.p.515.

para cumprir exatamente esse objetivo, passa a proprietário do primeiro. Não se revela apropriado, desse modo, classifica-los como espécie de direitos sobre coisa alheia, já que o devedor se despoja da condição de propriedade ao aliená-la ou cedê-la. O Código Civil, aliás, atento a essa precisão contratual, não contemplou a propriedade fiduciária no Título X do Livro do direito das coisas (ao qual reservou o penhor, hipoteca e anticrese), mas a abrigou corretamente num dos capítulos do Título III desse Livro, referente ao direito de propriedade.

Assim, conclui-se que, de acordo com Fabio Ulhoa COELHO a garantia fiduciária classifica-se como direito real em garantia.

A forma de constituição da garantia é o contrato de cessão e seu modo de constituição é o registro desse contrato. Tendo em vista que a cessão fiduciária tem caráter de direito real, que tem como objeto o direito creditório, este só terá eficácia contra terceiros após a averbação do contrato no Registro de Imóveis competente, caso se trate de crédito imobiliário ou no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, quando tenha por objeto direitos ou títulos de crédito¹²⁶.

3.5. COMPARATIVO ENTRE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E CESSÃO FIDUCIÁRIA

Quando se comparam os institutos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária, tem-se que ambos possuem função específica de garantia e se alicerçam sobre os mesmos fundamentos¹²⁷. No entanto, enquanto o objeto é coisa móvel ou imóvel na alienação fiduciária, “na cessão fiduciária o objeto é a transmissão de um direito creditório. Em ambas as espécies, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida”¹²⁸.

De acordo com Fernanda Teixeira dos SANTOS, a alienação fiduciária possui três sujeitos: o comprador, o vendedor e o financiador. O comprador compra o bem do vendedor e o aliena fiduciariamente, ao financiador¹²⁹, que passa a figurar como proprietário do referido bem. Já na cessão fiduciária, há uma transferência de direitos (crédito) ao próprio financiador, cuja titularidade adquire como cessionário.

¹²⁶ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.380

¹²⁷ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.379.

¹²⁸ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p.379.

¹²⁹ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.95.

Então, os sujeitos do contrato de cessão fiduciária são a instituição financeira e o sujeito contemplado pelo financiamento¹³⁰.

Outra diferença a ser pontuada entre as espécies de garantia é a medida a ser tomada em caso de inadimplemento da obrigação. Na alienação fiduciária, conforme já apresentado, o instrumento da busca e apreensão mostra-se o mais eficiente e apto a fazer cumprir a obrigação.

No entanto, percebe-se que no caso da cessão fiduciária, tal ação não se faz necessária, visto que o credor-fiduciário já detém a posse direta e indireta dos créditos que foram cedidos fiduciariamente. Inclusive, cabe ao próprio credor receber diretamente do devedor os valores relativos a tais créditos¹³¹.

Na alienação fiduciária, há a vedação ao pacto comissório, que obriga o credor a vender o bem a terceiros, sendo impossibilitado de manter a propriedade para si, conforme artigo 1364 do Código Civil. Já na cessão fiduciária, o pacto comissório também era vedado pelo artigo 66, §6º da Lei 4728/1965. No entanto, esta foi alterada pela Lei 10.931/2004 e a partir de então o cessionário fiduciário passou a possuir mais poderes decorrentes de sua titularidade. É possível que o credor utilize as importâncias recebidas dos devedores do crédito diretamente para a amortização da dívida mesmo antes do inadimplemento do devedor¹³².

¹³⁰ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.95.

¹³¹ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.96

¹³² SACRAMONE, Marcelo Barbosa. PIVA, Fernanda Neves. Cessão Fiduciária De Créditos Na Recuperação Judicial: Requisitos E Limites À Luz Da Jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 72/2016. Abr./Jun.2016.p.144.

4. A EXTRACONCURSALIDADE DA CESSÃO FIDUCIÁRIA: LIMITES PARA APLICAÇÃO

Conforme visto no segundo capítulo, existem créditos que foram considerados extraconcursais pelo legislador. Nessa categoria, encontra-se o proprietário fiduciário, conforme dicção do parágrafo 3º do artigo 49 da LRE, que assim dispõe:

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Em relação à regra instituída pelo parágrafo 3º do artigo 49 da LRE, comenta BEZERRA FILHO. De acordo com o doutrinador, tal dispositivo foi o que contribuiu para que a Lei deixasse de ser conhecida como “lei de recuperação de empresas” e passasse a ser conhecida como “lei de recuperação do crédito bancário” ou “crédito financeiro”. A disposição dificulta qualquer recuperação, visto que bens essenciais ao exercício da empresa encontram-se garantidos por garantia fiduciária¹³³.

Por tal razão, o legislador, no artigo 6º, § 4º da LRE, estabeleceu previsão de que os bens essenciais à atividade da empresa não poderão ser vendidos nem retirados do estabelecimento do devedor, pelo prazo de 180 dias. Ainda, apesar de a Lei prever a improrrogabilidade de tal prazo, vê-se que a jurisprudência tem abrandado tal previsão, ao permitir a prorrogação em casos específicos¹³⁴.

No entanto, a inclusão no texto do artigo 49, §3º da LRE do termo “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” gerou controvérsia. A partir da

¹³³ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.163.

¹³⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.163.

leitura concluir-se-ia que créditos oriundos de cessão fiduciária não estariam abrangidos pela exceção, visto que não compreendem nem bens móveis, nem imóveis e sim, créditos.

Sobre esse assunto, leciona Gladston MAMEDE:

Note-se que o artigo 1.361 do Código Civil fala apenas em propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, mas o artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/05, contempla igualmente, a figura da propriedade fiduciária de coisa imóvel. Devem-se ainda incluir hipóteses ainda mais ousadas, como a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito¹³⁵.

No entanto, Gladston MAMEDE adiciona ao seu entendimento que não se deve admitir que a propriedade resolúvel se constitua empecilho à aplicação da LRE, vencendo a determinação do artigo 47. A ressalva feita pelo doutrinador diz respeito a situações em que se exista alienação fiduciária de elementos essenciais da empresa ou a cessão fiduciária de recebíveis futuros, o que culminaria na alienação do caixa da empresa, onerando demais credores¹³⁶.

Melhim Namem CHALUB também se manifestou a respeito do tema concordando com a extraconcursabilidade da cessão fiduciária. De acordo com o autor, a interpretação da expressão “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” deve ser realizada de maneira abrangente, sendo que se inclui a cessão fiduciária¹³⁷.

¹³⁵ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.131.

¹³⁶ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.131.

¹³⁷ No que tange especificamente à garantia fiduciária sobre bens móveis e sobre títulos de crédito, a expressão empregada na Lei 11.101/2005 – “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” – deve ser entendida em sentido abrangente, compreendendo os bens corpóreos e incorpóreos, entre eles os direitos sobre bens móveis e títulos de crédito a que se refere o art. 66-B da Lei 4.728/1965, com a redação dada pelo art. 55 da Lei 10.931/2004.

A exclusão desses créditos dos efeitos da recuperação judicial decorre não só da segregação que constitui efeito inerente à própria natureza de toda e qualquer garantia fiduciária – seja sobre bens, móveis ou imóveis, ou direitos -, como também de previsão específica contida na legislação especial sobre a matéria que, na hipótese de falência do devedor-cessionário-fiduciante, assegura ao credor-cessionário-fiduciário a restituição dos títulos que eventualmente estiverem na posse daquele, após o que “prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nessa seção” (Lei 9.514/1997, art. 20 e seu parágrafo único), sendo esses direitos de receber os créditos diretamente e aplicar o respectivo produto na satisfação do seu crédito com todos os encargos, entregando ao devedor-fiduciante o saldo que porventura restar (Lei 9.514/1997, arts. 18 e seguintes).In: MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.383.

De acordo com Marlon TOMAZETTE, a cessão fiduciária de direitos creditórios também se inclui no conceito de propriedade fiduciária. No entanto, para o doutrinador, a não submissão dos credores proprietários à recuperação judicial não se justifica e viola o próprio objetivo de preservação da empresa e diminui a eficácia da recuperação judicial¹³⁸.

Ricardo Villas Boas CUEVA disserta sobre o tema e conclui que é possível afirmar com segurança que ‘a cessão fiduciária de direitos creditórios está excluída da recuperação judicial, nos termos do artigo 49, § 3º¹³⁹’ da LRE.

Sobre a questão, destaca-se o julgamento do Recurso Especial 1.202.918/SP no qual foi travada discussão interessante com divergência entre os votos. No voto do relator, assentou-se que a trava bancária:

não implica ofensa ao princípio da preservação da empresa, pois a análise evolutiva da legislação relacionada aos institutos jurídicos ora em estudo evidencia que o intento da lei ao criar um mecanismo jurídico que permite a obtenção de empréstimos a juros mais baixos, é o de promover um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, especialmente em casos em que a ausência de lastro patrimonial, em regra, impossibilitava essa alternativa¹⁴⁰

No entanto, no julgamento do referido Recurso Especial, a Ministra Nancy Andrighi registrou sua discordância com a tese. De acordo com ela, a cessão fiduciária de créditos não possui diferenças ontológicas quando comparada às demais antecipações realizadas em outras operações ordinárias de mútuo bancário. Para ela, então, o objetivo da lei não poderia ser o de conferir tratamento especial ao crédito do banco¹⁴¹.

Posteriormente, a questão considerou-se pacificada, quando do julgamento do Recurso Especial 1.263.500/ES, de relatoria da Min. Maria Isabel Galloti. Entendeu-se que por aplicação do § 3º do artigo 49, “não se submetem aos efeitos da recuperação os créditos garantidos por cessão fiduciária”.

¹³⁸ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.119 e 120.

¹³⁹ CUEVA, Ricardo Villas Boas. A trava bancária na Jurisprudência do STJ. IN: ABRAO, Carlos Henrique. ANDRIGHI, Fatima Nancy. BENETI, Sidnei. 10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.p.53.

¹⁴⁰ REsp 1202918/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013

¹⁴¹ CUEVA, Ricardo Villas Boas. A trava bancária na Jurisprudência do STJ. IN: ABRAO, Carlos Henrique. ANDRIGHI, Fatima Nancy. BENETI, Sidnei. 10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.p.54.

Confira-se trecho do voto da relatora, no qual justifica sua escolha pela extraconcursalidade do crédito:

A hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B da Lei 4.728/65 (...). O 'credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis' não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressão prevista legal. Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem "direitos pessoais de caráter patrimonial", bens móveis, portanto. Mencionado o §3º do art. 49 da LRF o gênero – bens móveis – não haveria, data vênia, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se faz necessário discriminar o sentido legal de "bens móveis" (CC, arts. 79 a 81).

Tal julgamento criou o informativo de jurisprudência nº 514 (20/03/2013), o qual contém a seguinte redação:

Não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial os créditos representados por títulos cedidos fiduciariamente como garantia de contrato de abertura de crédito na forma do art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965. A Lei n. 11.101/2005 estabelece, como regra geral, que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, caput). Todavia, há alguns créditos que, embora anteriores ao pedido de recuperação judicial, não se sujeitam aos seus efeitos. Segundo o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Ademais, de acordo com o art. 83 do CC/2002, consideram-se móveis, para os efeitos legais, os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações. O § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, após estabelecer a regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial", estabelece que "prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial". Isso, contudo, não permite inferir que, não sendo o título de crédito "coisa corpórea", à respectiva cessão fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação. Com efeito, a explicitação contida na oração "prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa" tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor. Assim, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa

e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Portanto, em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, devem ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos que possuem garantia de cessão fiduciária. REsp 1.263.500-ES, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 5/2/2013.

A votação do referido recurso especial, apesar de ter sido unânime, contou com a ressalva do Ministro Luis Felipe Salomão¹⁴², que embora concorde que a exceção também deva ser aplicada aos contratos de cessão fiduciária, considera que os valores recebidos pelo banco credor deveriam ser levantados em favor do credor apenas se se entendessem que não eram essenciais ao funcionamento da empresa em recuperação.

Gladston MAMEDE disserta acerca da ressalva do Ministro Luis Felipe Salomão:

Esta ressalva poderia conduzir a bom caminho, no sentido de permitir decisão por parte do juiz da recuperação que, se entendesse que os valores eram essenciais á recuperação, poderia liberar parte do numerário em favor do banco credor e parte em favor do recuperando. O sistema passaria a funcionar, aproximadamente como ocorre quando há penhora de porcentagem do faturamento, cuidado que os juízes já tomam há muito tempo, para evitar o esvaziamento de empresas devedoras em execução singular.¹⁴³

Este Recurso Especial foi adotado como recurso repetitivo, o que normalmente enseja na aceitação dos Tribunais Estaduais de tal decisão. Assim, tem-se que a discussão acerca da exclusão de créditos garantidos por cessão fiduciária da recuperação judicial parece estar pacificada nos tribunais.

¹⁴² Voto vencido do Min. Salomão: “a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial. Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da recuperação, a partir da seguinte solução: i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano; ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não - no todo ou em parte - ao funcionamento da empresa; iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

¹⁴³ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p.165.

Entretanto, muitos doutrinadores posicionam-se de maneira contrária à extraconcursalidade da cessão fiduciária, por tal situação ampliar o rol de créditos excluídos da recuperação judicial e ir de encontro com o princípio da preservação da empresa, um dos nortes do instituto da recuperação judicial, visto que o crédito em debate não se adequa ao plano de reorganização da empresa.

A regra do artigo 49, §3º descreve “bens móveis ou imóveis” e se refere a bens infungíveis, de tal forma que não seria possível interpretar extensivamente o dispositivo legal de modo a incluir a cessão fiduciária, visto que seu objeto é indiscutivelmente fungível.

Argumenta-se que caso o legislador quisesse incluir a cessão fiduciária como crédito extraconcursal, assim teria feito expressamente. De acordo com esse posicionamento, não caberia ao intérprete alterar a vontade do legislador de forma a ampliar o rol previsto, que expressamente já apresenta todos os créditos que não se submetem à recuperação judicial.

De acordo com Manoel de Queiroz Pereira CALÇAS e Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e SILVA, não se pode confundir os titulares de cessão fiduciária de crédito com os titulares de posição de “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”. Para tais doutrinadores, os créditos oriundos de cessão fiduciária de créditos devem se submeter à recuperação judicial¹⁴⁴.

Também coaduna com esse entendimento o doutrinador Silvio FAVER¹⁴⁵, ao estabelecer diferenças essenciais entre o credor fiduciário e o proprietário fiduciário que trata o artigo 49, §3º da LRE:

Deve-se, no entanto, ressaltar que numa visão sistemática da lei percebe-se que o art. 49, § 3º, da LFRE, elenca aqueles credores proprietários de bens corpóreos, móveis infungíveis e/ou imóveis, sendo certo que o credor titular de cessão fiduciária de direitos creditórios detém apenas a expectativa de usufruir tais direitos, figurando como bens móveis fungíveis. Além do mais, deve-se frisar que a norma não pode ser interpretada de maneira extensiva, já que pelo caput do art. 49 verifica-se que, salvo disposição expressa da lei em contrário, todos os credores se submetem à recuperação judicial. Aquilo que se excepciona não poderá servir para ampliar seu rol. Ainda mais, em se tratando da utilização da ferramenta da alienação fiduciária a ponto de

¹⁴⁴ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e. Reflexões sobre a Jurisprudência em Face da Cessão Fiduciária de Créditos na Recuperação Judicial. Disponível em: <https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417529073/da-cessao-fiduciaria-de-creditos-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set 2017.

¹⁴⁵ FAVER, Scilio. Curso de recuperação de empresas. São Paulo: Editora Atlas, 2014.p.79.

criar um superprivilégio (análogo ao do fisco na recuperação) em outra gama de credores.

Para MENDES, deve-se delinear um modo de aplicar a trava bancária de forma relativizada, com o objetivo de encontrar um equilíbrio legal e econômico por meio do qual se resguarde a operacionalidade da empresa em crise, garantindo eficácia à recuperação judicial¹⁴⁶.

Foi realizada pesquisa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), na qual se realizou levantamento nos 27 Tribunais de Justiça brasileiros sobre como tem se dado os julgamentos acerca do tema. Há 90 processos sobre a questão em andamento, tendo como parte 37 diferentes instituições financeiras. O resultado demonstrou que os créditos foram excluídos da recuperação judicial em 53 casos, sendo que em apenas 13 decisões, foi determinada a submissão do crédito ao plano de recuperação.¹⁴⁷

Conclui-se que, embora existam fortes posicionamentos contrários, é considerada pacífica nos tribunais brasileiros a exclusão dos créditos garantidos por cessão fiduciária da recuperação judicial.

No entanto, o artigo 49 da LRE ao enquadrar o proprietário fiduciário como extraconcursal à recuperação judicial não estabeleceu limitações nem tampouco restrições à exceção. Porém, como demonstrado no primeiro capítulo, a LRE tem como um de seus objetivos a preservação da empresa e é necessário que este seja utilizado como parâmetro interpretativo da regra do artigo 49.

Nas lições de Luiz Roberto AYOUB e Cássio CAVALLI¹⁴⁸, é inequívoco que a cessão fiduciária não se sujeita à recuperação judicial. No entanto, não se deve aplicar tal disposição isoladamente, mas sim em conjunto com as demais normas da LRE. É evidente que a não sujeição da cessão fiduciária constitui forte incentivo para que os agentes econômicos optem por tal garantia, ao invés de outros instrumentos.

¹⁴⁶ MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. As “travas bancárias” no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias. In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, vol. 153/154. São Paulo: Malheiros. Disponível em: <http://www.abde.org.br/uploads/0106201214330578Trava%20Banc%C3%A1ria%20TJMG.pdf>

¹⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.p.119.

¹⁴⁸ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.p.70.

Passa-se à análise, portanto, de alguns requisitos e limites que são discutidos pela doutrina e jurisprudência em relação à cessão fiduciária.

4.1. REGISTRO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA

Apesar de ser pacífica a questão da não sujeição da garantia fiduciária no geral, ainda há divergências quando da aplicação de tal exceção, sendo que é necessário que se aplique uma flexibilização casuística¹⁴⁹.

É essencial que todos os requisitos legais sejam perfeitamente preenchidos, sob pena de se interpretar de forma ainda mais extensiva o disposto no artigo 49, §3º da LRE.

Dissertam Luiz Roberto AYOUB e Cássio CAVALLI que a jurisprudência sobre a questão consolidou-se no sentido de que é necessário que a cessão fiduciária tenha sido aperfeiçoada de acordo com as formalidades exigidas para que seja extraconcursal¹⁵⁰.

Assim, uma questão polêmica no âmbito da extraconcursalidade da cessão fiduciária é o registro. Há dúvida acerca da necessidade do registro da cessão fiduciária: caso ele seja realmente necessário, seria apenas para que produza efeitos contra terceiros ou seria necessário até mesmo para gerar efeito entre as partes¹⁵¹?

É necessário o registro dos contratos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária para que produzam todos os efeitos pretendidos, sendo que o local do registro dependerá do objeto da garantia fiduciária.

Sabe-se que pela cessão fiduciária cria-se a titularidade fiduciária, assim os créditos objetos da fidúcia passam a ser excluídos do patrimônio do devedor-cedente. No entanto, isto só ocorrerá diante da averbação do contrato no Registro de Imóveis ou no Registro de Títulos e Documentos.

¹⁴⁹ FAVER, Scilio. Curso de Recuperação de empresas. São Paulo, Editora Atlas, 2014.

¹⁵⁰ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.p.71.

¹⁵¹ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.120.

Nesse sentido, é que determina o artigo 1361, §1º do CC, ao tratar da propriedade fiduciária em geral e estabelecer o registro como modo de constituição da propriedade fiduciária.

Em contrapartida, foi proferida decisão pelo STJ no Recurso Especial 1412529¹⁵², que deu origem ao informativo de jurisprudência número 578, que assim dispõe:

Não se submetem aos efeitos da recuperação judicial do devedor os direitos de crédito cedidos fiduciariamente por ele em garantia de obrigação representada por Cédula de Crédito Bancário existentes na data do pedido de recuperação, **independentemente de a cessão ter ou não sido registrada no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor**. É a partir da contratação da cessão fiduciária, e não do registro, que há a imediata transferência, sob condição resolutiva, da titularidade dos direitos creditícios dados em garantia ao credor fiduciário (...)

Este entendimento do STJ foi fundamentado sob o argumento de que o Código Civil não seria aplicável ao instituto da cessão fiduciária em garantia e que, portanto, não poderia ser invocado o registro contido no artigo 1.361 do Código Civil.

Com esse posicionamento, concorda Luiz Rodrigues WAMBIER¹⁵³ ao defender que o Código Civil é incompatível com a Lei 4.728/1965. De acordo com ele, deve-se considerar o artigo 18 da Lei 9.514/1997, a qual determina que o instrumento da cessão já transfere os créditos ao credor, por si só. Completando e afirmando que, considerando o silêncio nas Leis 9.514/1997 e 4.728/1965 acerca desse requisito, não seria este necessário.

De acordo com a 3.ª T. do STJ, a função de dar publicidade seria a única finalidade do registro em se tratando de cessão fiduciária de créditos e decorreria do previsto no artigo 42, da Lei 4.728/1965¹⁵⁴.

¹⁵² REsp 1.412.529-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/12/2015, DJe 2/3/2016.

¹⁵³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Negócio Fiduciário e Cessão Fiduciária de Créditos na Falência e Recuperação Judicial de Empresas. Pareceres – Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2012. Apud. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. PIVA, Fernanda Neves. Cessão Fiduciária De Créditos Na Recuperação Judicial: Requisitos E Limites À Luz Da Jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 72/2016. Abr./Jun.2016.p.140

¹⁵⁴ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. PIVA, Fernanda Neves. Cessão Fiduciária De Créditos Na Recuperação Judicial: Requisitos E Limites À Luz Da Jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 72/2016. Abr./Jun.2016.p.140

Ocorre que, a partir de pesquisa jurisprudencial no TJSP, conclui-se que o tribunal adota posicionamento contrário ao pronunciado pelo STJ. Confira-se excerto de voto proferido pelo TJSP:

Com efeito, este Tribunal firmou entendimento predominante no sentido de que a instituição de uma garantia fiduciária só amplia sua eficácia e atinge terceiros a partir do registro promovido junto a Oficial de Registro de Títulos e Documentos. Este entendimento resta consolidado em sua Súmula 60, a qual ostenta o seguinte texto: “A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.” É preciso ter em conta, apesar de interpretações legais em sentido diverso e presente efetiva divergência interna e recente no E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1412529/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/03/2016), que, mesmo em se tratando de cessão fiduciária de créditos (bens incorpóreos e fungíveis), o artigo 66-B da Lei 4.728/65 conjugua-se com o artigo 49, §3º da Lei 11.101/05 e, em específico, com o §1º do artigo 1.361 do Código Civil vigente, exigindo o registro, como formalidade essencial à qualificação de um crédito fiduciário como extraconsursal (Agravado de Instrumento 2029569-22.2017.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, J. 17.05.2017).

Inclusive, o TJSP firmou súmula a partir de tal entendimento¹⁵⁵, a qual dispõe que “A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor¹⁵⁶”.

Como se vê, a questão acerca da necessidade de registro para que seja efetivada a extraconcursalidade da cessão fiduciária gera muitas divergências nos tribunais.

Há diversos acórdãos do TJPR que consignam que o registro é apenas necessário para que o contrato valha contra terceiros, mas que não diz respeito à

¹⁵⁵ Confira-se, também, alguns outros julgados que coadunam com tal entendimento: TJSP; Agravo de Instrumento 2093019-36.2017.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 03/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017; TJSP Apelação 0013410-69.2013.8.26.0229; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 19/07/2017; Data de Registro: 20/07/2017; TJSP Agravo de Instrumento 2118317-64.2016.8.26.0000; Relator (a): Campos Mello; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Tietê - 1ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 13/03/2017; Data de Registro: 22/03/2017; TJSP; Agravo de Instrumento 2064871-83.2015.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Presidente Prudente - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2015; Data de Registro: 06/10/2015; TJSP; Agravo de Instrumento 2078293-62.2014.8.26.0000; Relator (a): Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Santa Branca - Vara Única; Data do Julgamento: 18/12/2014; Data de Registro: 18/12/2014.

¹⁵⁶ Súmula 60 do TJSP. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>

constituição da propriedade fiduciária ou à aferição de extraconcursabilidade ao crédito¹⁵⁷.

A doutrina também diverge nesse aspecto. De acordo com Melhim Namen Chalub, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sergio Restiffe¹⁵⁸, a regra prevista no artigo 1.361 do Código Civil não se aplica à cessão fiduciária e o registro apenas possui a função de dar publicidade a terceiros.

De acordo com Melhin Namen CHALUB, a cessão fiduciária possui caráter de direito real, tendo como objeto o direito creditório, que apenas tem eficácia *erga omnes* depois de averbado o contrato no registro competente¹⁵⁹.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem que o artigo 1.361 do CC deve ser aplicado à cessão fiduciária. Francisco Eduardo LOUREIRO leciona que o parágrafo primeiro do artigo 1361 do CC preceitua que a propriedade fiduciária se constitui mediante registro, sendo que não há sentido em discutir se o registro produz efeito constitutivo ou publicitário. O doutrinador conclui que é inexistente a propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro.

Fernanda Teixeira dos SANTOS coaduna com esse doutrinador e expõe sua opinião no sentido de que é necessário o registro do contrato da cessão fiduciária para que seja atribuído efeito constitutivo da titularidade fiduciária criada em favor do cessionário-fiduciário¹⁶⁰.

De acordo com as lições de Marcelo Barbosa SACRAMONE e Fernanda Neves PIVA¹⁶¹, a partir de uma interpretação sistematizada da legislação brasileira, é evidente a necessidade do registro da cessão fiduciária. Eles evidenciam a natureza real do contrato e pontuam que a inexistência de registro faz com que o contrato não produza efeitos perante terceiros e que a oponibilidade *erga omnes* é

¹⁵⁷ TJPR - 18ª C.Cível - AI - 1646510-0 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Helder Luis Henrique Taguchi - Unânime - J. 04.10.2017; TJPR - 18ª C.Cível - AI - 1639351-0 - Quedas do Iguaçu - Rel.: Pericles Bellusci de Batista Pereira - Unânime - J. 13.09.2017; TJPR - 18ª C.Cível - AI - 1185127-3 - Quedas do Iguaçu - Rel.: Pericles Bellusci de Batista Pereira - Unânime - J. 13.09.2017.

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.121.

¹⁵⁹ CHALUB, Melhin Namen. Negócio Fiduciário. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.p. 380.

¹⁶⁰ TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.124.

¹⁶¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. PIVA, Fernanda Neves. Cessão Fiduciária De Créditos Na Recuperação Judicial: Requisitos E Limites À Luz Da Jurisprudência. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 72/2016. Abr./Jun.2016.p. 141-142.

efeito imanente do direito real. Para os autores, caso inexista o registro a garantia real é mera expectativa de direito.

Manoel Justino BEZERRA FILHO leciona que há alguns cuidados a serem tomados acerca do entendimento firmado pelo STJ de que a cessão fiduciária não se submete à recuperação judicial. De acordo com BEZERRA FILHO, é necessário o cumprimento do contido no artigo 1361 do CC, para que a propriedade fiduciária esteja constituída. Para o doutrinador, é claro pela lei que caso não exista registro, o credor será considerado quirografário¹⁶².

Também concordam Cesar AMENDOLARA¹⁶³ e Christoph FABIAN¹⁶⁴ que é requisito do contrato de cessão fiduciária o registro de acordo com as regras do artigo 1.361 do Código Civil.

Thiago NEVES, ao dissertar acerca da alienação fiduciária, traz questão útil à presente discussão. Para o doutrinador, o registro é importantíssimo por razões de segurança jurídica, sendo que sem ele não terá eficácia contra terceiros de boa-fé. Ressalta que a “ausência de registro frustra a própria finalidade do contrato”¹⁶⁵.

Nesse sentido, também acerca da alienação fiduciária defende Marcia Carla Pereira RIBEIRO, que o contrato deve obrigatoriamente ser registrado para que tenha validade perante terceiros¹⁶⁶.

Adotando-se a concepção de que o registro é fundamental para a consolidação da cessão fiduciária, ressalta-se que os dispositivos legais que disciplinam a questão são os artigos 1.361, §1º e 1.362, inciso IV, ambos do Código Civil, 66-B, § 4º, da Lei nº 4728/65, 18, da Lei nº 9514/97 e 33, da Lei nº 10.931/2004¹⁶⁷.

¹⁶² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.166.

¹⁶³ AMENDOLARA, Cesar. Alienação fiduciária como instrumento de fomento à concessão de crédito. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandades. Contratos bancários. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. Apud. TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.122.

¹⁶⁴ CHRISTOPH, Fabian. Fidúcia: negócios fiduciários e relações externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. Apud TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante. 2010. Universidade de São Paulo.p.122.

¹⁶⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Contratos Mercantis. Editora Atlas, São Paulo: 2013. p.18.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. Curso Avançado de Direito Comercial. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.742.

¹⁶⁷ Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com

Conforme se depreende de tais dispositivos, além do registro do contrato de cessão fiduciária na repartição competente, em data anterior à recuperação judicial, é necessário que o objeto da garantia esteja descrito com elementos indispensáveis à sua identificação, em consonância com os citados dispositivos, especialmente no inciso IV do artigo 1362 do Código Civil e no artigo 33 da Lei 10.391/04.

Portanto, percebe-se que não há discussão apenas quanto à necessidade do registro da garantia, mas também quanto aos requisitos do registro (descrição pormenorizada dos títulos cedidos).

Já foram proferidos entendimentos de que é necessário não apenas o registro do contrato que estabeleceu a garantia fiduciária, como também o registro pormenorizado do objeto da garantia.

De acordo com esse entendimento, o rol de títulos efetivamente cedidos fiduciariamente deve estar registrado no contrato, de maneira pormenorizada, a fim de caracterizar tais bens como cedidos fiduciariamente em garantia.

Disserta Mauro Teixeira de FARIA que além da necessidade do registro na repartição competente, a especificação adequada do objeto da garantia é essencial¹⁶⁸.

Por outro lado, disserta Fabio Ulhoa COELHO¹⁶⁹ que não há necessidade de especialização do bem objeto de garantia especificamente em contratos de cessão

o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Art. 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá: I - o total da dívida, ou sua estimativa; II - o prazo, ou a época do pagamento; III - a taxa de juros, se houver; IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação. Art. 66-B § 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997. Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterá, além de outros elementos, os seguintes: I - o total da dívida ou sua estimativa; II - o local, a data e a forma de pagamento; III - a taxa de juros; IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária. Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.

¹⁶⁸ FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de Recebíveis por Conta do Desatendimento do Requisito de Especialização do Bem Objeto da Garantia Fiduciária. Sujeição do Crédito Garantido aos Efeitos da Recuperação Judicial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.v. 75/2017. Jan/mar, 2017.p.66.

¹⁶⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. Trabalho Inédito. Parecer elaborado pelo professor Fábio Ulhoa Coelho em 30.09.2015, após formulação de consulta pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) (sem título) São Paulo, 2015. P.22. apud. FARIA, Mauro Teixeira de. Liberação de Recebíveis por Conta do Desatendimento do Requisito de Especialização do Bem Objeto da Garantia Fiduciária. Sujeição do Crédito Garantido aos Efeitos da Recuperação Judicial. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.v. 75/2017. Jan/mar, 2017.p.67.

fiduciária. De acordo com o autor, nem poderiam ser identificados, visto que ainda não existem no momento em que foram fiduciariamente cedidos.

Sobre a questão, se pronunciou a Eminente Desembargadora Rosana Fachin, em excerto de seu voto em recente julgamento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁷⁰:

Pois bem, de acordo com o art. 49 da Lei nº 11.101/05, todos os créditos existentes na data do pedido, com as exceções expressas, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial. A finalidade é a de propiciar a preservação da empresa recuperanda e a superação da crise econômico-financeira, nos termos dos objetivos encartados no art. 47 da referida lei. **Para que o contrato de cessão fiduciária de duplicatas não se submeta aos efeitos da recuperação judicial, além do registro na Serventia de Registro de Títulos e Documentos competente, em data anterior ao pedido de recuperação judicial, como previsto no § 1º do art. 1.361 citado acima, é preciso que o objeto da transferência esteja descrito com elementos indispensáveis à sua identificação, em consonância com o disposto no inciso IV do art. 1.362 do Código Civil e no art. 33 da Lei nº 10.391/04.**

Portanto, ainda que os instrumentos contratuais tenham sido levados à registro perante Registro de Títulos e Documentos, conclui-se **que a falta da descrição do objeto da garantia** impede a sua identificação, o que impõe a subsunção do crédito aos efeitos da recuperação judicial, na classe de créditos quirografários.

No caso do citado julgado, havia contrato de cessão fiduciária de duplicatas o qual foi incluído em recuperação judicial por parte da empresa devedora. No entanto, o credor impugnou a inclusão do crédito no concurso de credores e a questão chegou ao TJPR.

Nesse caso, a Desembargadora votou pelo afastamento da extraconcursabilidade da cessão fiduciária no caso concreto, pois apesar de o contrato ter sido registrado no registro competente, as duplicatas objeto da garantia não foram discriminadas pormenorizadamente. No entanto, a Desembargadora foi voto vencido no caso e o julgamento do agravo foi no sentido de excluir o crédito da recuperação judicial.

Cabe ainda ressaltar o entendimento externado nos seguintes julgamentos, nos quais se decidiu pela necessidade de descrição da garantia no registro:

¹⁷⁰ TJPR - 17ª C.Cível - AI - 1451185-6 - Curitiba - Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Lauri Caetano da Silva - Por maioria - J. 06.07.2016.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OBSCURIDADE. CONFIGURAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ACLARAMENTO QUE IMPLICA EM EFEITO INFRINGENTE DA DECISÃO. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA GARANTIA NO INSTRUMENTO. MENÇÃO A RELAÇÃO, BORDERÔ OU ARQUIVO ELETRÔNICO A SEREM ENVIADOS PERIODICAMENTE. REQUISITO NÃO ATENDIDO. INADEQUAÇÃO AOS TERMOS DO ART.1.362, IV, DO CÓDIGO CIVIL E ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 10.931/2004. CRÉDITOS SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA SANAR A OBSCURIDADE E, EM CONSEQUÊNCIA, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO¹⁷¹.

Recuperação judicial. Retenção pelo banco-agravante de ativos financeiros da devedora, após o requerimento do benefício legal, a pretexto da existência de garantia fiduciária. Crédito ostentado que na verdade se sujeita aos efeitos da recuperação judicial. Instrumento contratual relativo à garantia que, embora registrado perante cartório extrajudicial, deixou de discriminar os direitos creditícios que seriam objeto da cessão fiduciária. Violação ao art. 18, IV, da Lei nº 9.514/97, aplicável à espécie por força do disposto no art. 66-B, da Lei nº 4.728/65. Garantia fiduciária não constituída em termos formalmente adequados. Decisão de Primeiro Grau, que determinou a restituição dos ativos financeiros retidos, confirmada. Agravo de instrumento do banco-credor não provido¹⁷².

Da mesma forma, diversos outros julgados apresentam o mesmo entendimento em casos semelhantes¹⁷³, no sentido de que remissões genéricas ao bem objeto da garantia não cumprem os requisitos a fim de garantir o caráter extranconcursal da cessão fiduciária¹⁷⁴. Também foram identificados julgados nos

¹⁷¹ TJPR - 18ª C.Cível - EDC - 1378728-3/02 - Cascavel - Rel.: Vitor Roberto Silva - Unânime - J. 04.05.2016).

¹⁷² TJSP; Agravo de Instrumento 2118430-86.2014.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Catanduva - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/10/2015; Data de Registro: 06/10/2015)

¹⁷³ TJSP - Agravo de Instrumento 2082247-48.2016.8.26.0000; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 08/02/2017; Data de Registro: 13/02/2017; TJSP - Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 15/06/2016; Data de registro: 16/06/2016; TJRJ – Agravo de Instrumento n.º 0012779-26.2016.8.19.0000; Des. Luciano Rinaldi; Julgamento: 15/06/2016; Sétima C. cível; TJ-RS - AI: 70053426524 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 08/10/2015, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/10/2015; TJPR - 18ª C.Cível - EDC - 1378728-3/02 - Cascavel - Rel.: Vitor Roberto Silva - Unânime - J. 04.05.2016; TJSP; Agravo Regimental 2226900-80.2015.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Franca - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 02/12/2015; Data de Registro: 03/12/2015;

¹⁷⁴ Agravo de Instrumento 2118430-86.2014.8.26.0000. Relator: Des. Fábio Tabosa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 05.10.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2091883-72.2015.8.26.0000. Relator: Des. Fábio Tabosa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 31.08.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2011315-69.2015.8.26.0000. Relator: Des. Fortes Barbosa. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 26.08.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2017340-35.2014.8.26.0000. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 29.06.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2227540-20.2014.8.26.0000. Relator: Des. Claudio Godoy. 1ª Câmara reservada de

quais se exigiu a descrição das garantias nos Tribunais de Justiça do Ceará¹⁷⁵ e do Rio Grande do Sul¹⁷⁶.

4.2. LIMITAÇÃO DA EXTRAONCURSALIDADE AO VALOR DA GARANTIA

Outra questão que se deve considerar na análise sobre a extranconcursalidade da cessão fiduciária é o valor do crédito que é garantido pela garantia fiduciária.

Leciona Silvio de Salvo VENOSA que “não sendo suficiente a garantia para apagar o crédito, no que sobejar, como na hipoteca, o credor continua com direito quirografário sobre o patrimônio do devedor¹⁷⁷”.

Deve-se aplicar a mesma lógica às garantias fiduciárias: para além do valor garantido pela cessão fiduciária, o contrato não possui garantia fiduciária e o saldo deve ser incluído na recuperação judicial como crédito quirografário.

Apesar de tal situação não estar expressamente prevista na lei, é necessário que se analise de acordo com o que é disciplinado para as garantias reais, conforme artigo 41, § 2º da LRE o qual dispõe que:

Direito Empresarial. Julgamento em 24.06.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2045087-23.2015.8.26.0000. Relator: Des. Fábio Tabosa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 15.06.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2050745-28.2015.8.26.0000. Relator: Des. Fábio Tabosa. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 18.05.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2172054-50.2014.8.26.0000. Relator: Des. Manoel Mattos. 15ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 27.01.2015; TJSP. Agravo de Instrumento 2014946-55.2014.8.26.0000. Relator: Des. Manoel Mattos. 15ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 01.04.2014; TJSP. Agravo de Instrumento 2110279-34.2014.8.26.0000. Relator: Des. Maia da Cunha. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 11.09.2014; TJSP. Agravo de Instrumento 2112204-65.2014.8.26.0000. Relator: Des. Maia da Cunha. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 11.09.2014; TJSP. Agravo de Instrumento 2033287-66.2013.8.26.0000. Relator: Des. José Reynaldo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 16.06.2014; TJSP. Agravo de Instrumento nº 0140020-90.2013.8.26.0000. Relator: Des. Araldo Telles. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 03.02.2014; TJSP. Agravo de Instrumento 0015495-36.2013.8.26.0000. Relator: Des. Tasso Duarte de Mello. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 09.12.2013; TJSP. Agravo de Instrumento 0217695-66.2012.8.26.0000. Relator: Des. Araldo Telles. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Julgamento em 19.08.2013.

¹⁷⁵ TJCE, 6ª Câmara Cível, Relator: Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda, Agravo de Instrumento 0621456-90.2015.8.06.0000, Data de julgamento: 14.09.2005.

¹⁷⁶ TJRS, 6ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Ney Wiedemann Neto, agravo de Instrumento 70059055657, Data de julgamento*: 29.05.2014.

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito Reais. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. p.551

Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores:

§ 2º Os titulares de créditos com garantia real votam com a classe prevista no inciso II do *caput* deste artigo até o limite do valor do bem gravado e com a classe prevista no inciso III do *caput* deste artigo pelo restante do valor de seu crédito.

Ao prescrever o artigo que o credor vota em determinada classe até o limite de sua garantia, entende-se que o valor da garantia delimita o alcance da classe.

Manoel Justino BEZERRA FILHO comenta sobre desse dispositivo, pontuando que o credor votará com o valor de sua garantia na classe de credores com garantia real e votará com o valor restante do crédito na classe quirografária¹⁷⁸.

Outro artigo da LRE que discorre sobre a questão é o artigo. 83, II e VI, b. Apesar de estar localizado na parte da Lei referente à falência, é possível traçar uma interpretação extensiva de modo a abarcar a recuperação judicial, visto que demonstra uma lógica da Lei como um todo, a qual deve ser transportada às recuperações judiciais.

Dispõe o artigo 83, II e VI, b da LRE:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;...

VI – créditos quirografários, a saber: ...

b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;

Acerca deste artigo, comenta Fabio Ulhoa COELHO que a preferência da classe dos titulares de garantia real limita-se pelo valor da venda da coisa onerada. Assim, o valor do crédito que supera o valor da garantia classifica-se como quirografário¹⁷⁹.

Fato é que tal lógica é evidente. O crédito só é considerado com “garantia real” até o valor de sua garantia. O que exceder o valor da garantia será classificado como crédito quirografário.

Também é possível extrair a mesma interpretação da leitura do artigo 49, parágrafo 3º da LRE. Tal dispositivo estabelece que não se submeterão aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por propriedade fiduciária de bens

¹⁷⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p.146.

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.p. 220.

móveis e imóveis e “que prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa”. Assim, o que determina a não submissão do crédito à recuperação judicial é a garantia, que é o próprio bem, e, desse modo, é apenas o valor abarcado por ele que será considerado extraconcursal.

Caso não fosse assim interpretado em casos de garantia fiduciária, poderíamos cogitar a hipótese de ser incluída garantia fiduciária representando menos de 1% do contrato de modo a conseguir retirar o valor inteiro do concurso de credores. Tal situação seria verdadeiramente absurda e criaria precedentes perigosos.

O referido entendimento foi externado pela edição do enunciado 51 na I Jornada de Direito Comercial:

51. O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.

Ainda, a fim de ilustrar a questão, se faz relevante que se colacione o que vem decidindo a jurisprudência. A título de exemplo, confira-se o seguinte julgado do TJSP:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – Decisão que reconheceu que apenas as garantias fiduciárias deixam de se submeter aos efeitos da recuperação judicial, sendo necessária a habilitação do saldo devedor remanescente – Notícia nos autos sobre existência de Conflito de Competência em trâmite no Superior Tribunal de Justiça – Constatação de que, em decisão monocrática, o Min. Marco Buzzi declarou competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial da Fazenda Pública e Registros Públicos de Contagem/MG – Incompetência do Tribunal de Justiça de São Paulo – Competência funcional do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Manutenção do efeito suspensivo atribuído ao presente recurso, cabendo ao juízo em que se processa a recuperação judicial a decisão sobre a manutenção ou não de atos expropriatórios – Remessa determinada – Recurso não conhecido, prejudicados os embargos de declaração.¹⁸⁰

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - Crédito decorrente de cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária devidamente registrada no cartório de títulos e documentos. Não sujeição aos efeitos da recuperação. Montante que tem privilégio, todavia, que deve ficar limitado ao valor da

¹⁸⁰ TJSP, Agravo de Instrumento 2020213-37.2016.8.26.0000; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/06/2016; Data de Registro: 08/06/2016)

garantia, que é representado pelo valor das duplicatas dadas em garantia. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. Recurso provido, em parte.¹⁸¹

Nesse sentido, confirmam-se também as decisões proferidas nos seguintes processos em trâmite no TJSP¹⁸².

4.3. GARANTIA PRESTADA POR TERCEIROS

Por fim, é importante ressaltar outra limitação que deve ser aplicada na análise da extraconcursalidade da garantia fiduciária.

Há discussão jurisprudencial em casos em que a garantia fiduciária é prestada por terceiros. A garantia prestada, assim, teria sua validade entre o terceiro garantidor e o credor, mas perante o devedor em recuperação, o credor não possuiria qualquer negócio fiduciário apto a caracterizar a exceção estabelecida no artigo 49, §3º da Lei 11.101/05. Assim, tem-se que o benefício de exclusão não se estenderia a terceiros.

Defende-se que a classificação dos créditos na LRE é realizada sob a ótica do devedor, para que os credores sejam enquadrados em uma das hipóteses previstas pelos incisos do artigo 41¹⁸³ da referida lei.

O TJSP vem firmando entendimento nesse sentido¹⁸⁴. Assim, destaca-se julgado proferido por este Tribunal, no qual se considerou que garantias fiduciárias prestadas por terceiros submetem-se à recuperação judicial:

Recuperação Judicial. Crédito garantido por propriedade fiduciária prestada por terceiro. Privilégio existente apenas em relação ao prestador da garantia real. Devedora recuperanda que não ofertou qualquer garantia real, razão pela qual, em relação a ela, o crédito é de natureza quirografária. Crédito de

¹⁸¹ Agravo de instrumento nº 2041416-60.2013.8.26.0000, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 3/2/2014.

¹⁸² Agravo de instrumento nº 0272049-41.2012.8.26.0000, Rel. Maia da Cunha, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 26/2/2013;

¹⁸³ Art. 41. A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. IV - titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

¹⁸⁴ TJSP. Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 15/06/2016; Data de registro: 16/06/2016; TJSP, AI. n. 2140518-21.2014.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, j. 10.4.2015; TJSP, AI 0216714-71.2011.8.26.0000, Rel.: Francisco Loureiro, J. 05/06/2012.; TJSP, AI 0211493-73.2012.8.26.0000, Rel.: Pereira Calças, J. 30/10/2012.

natureza comum, pois não ocorre a vinculação de um bem específico da devedora à satisfação do crédito. Inaplicável a exceção constante do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Recurso improvido.

No entanto, esta decisão foi reformada em sede de Recurso Especial pelo STJ. O Superior Tribunal de Justiça consignou que a LRE não faz distinção entre garantia prestada pela devedora em recuperação e por terceiros. Confira-se ementa:

no Resp. número 1.549.529, Dje de 28.10.2016, a Egrégia Terceira Turma do STJ decidiu da seguinte forma, conforme ementa: “Recurso Especial. Direito Empresarial e Civil. Ação de Recuperação Judicial. Credor titular de propriedade fiduciária. Garantia prestada por terceiro. Incidência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. Extensão. Recurso Especial conhecido e provido. 1. Debate-se nos autos a necessidade de o bem imóvel objeto de propriedade fiduciária ser originariamente vinculado ao patrimônio da recuperanda para fins de afastamento do crédito por ele garantido dos efeitos da recuperação judicial da empresa. 2. Na propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio destacado e exclusivamente destinado à realização da finalidade de sua constituição, deslocando-se o cerne do instituto dos interesses dos sujeitos envolvidos para o escopo do contrato. 3. O afastamento dos créditos de titulares de propriedade fiduciária dos efeitos da recuperação, orientado por esse movimento que tutela a finalidade de sua constituição, independe da identificação pessoal do fiduciante ou do fiduciário com o bem imóvel ou com o próprio recuperando, simplifica o sistema de garantia e estabelece prevalência concreta da propriedade fiduciária e das condições contratuais originárias, nos termos expressos pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05. 4. Recurso especial conhecido e provido.

O TJPR tem proferido decisões em ambos os sentidos: tanto pela extranconcursabilidade de créditos com garantias prestadas por terceiros quanto pela não caracterização da extranconcursabilidade nesses casos ¹⁸⁵. Confira-se a ementa de um julgado deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.535.976-9, DA 1ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SÃO JOSÉ DOS PINHAIS DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. AGRAVANTE: BANCO BRADESCO S/A AGRAVADA: PERFIMEC S/A - CENTRO DE SERVIÇOS EM AÇO RELATOR: DES. LAURI CAETANO DA SILVA AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. ALEGAÇÃO DE QUE O CRÉDITO É GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL E, PORTANTO, NÃO ESTÁ SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 49, §3º, LEI Nº 11.101/2005. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. GARANTIA

¹⁸⁵ TJPR - 17a C.Cível - AI - 1535976-9 - São José dos Pinhais - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - J. 23.11.2016. TJSP. Relator(a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1a Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 15/06/2016; Data de registro: 16/06/2016; TJSP, AI. n. 2140518-21.2014.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, j. 10.4.2015; TJSP, AI 0216714-71.2011.8.26.0000, Rel.: Francisco Loureiro, J. 05/06/2012; TJSP, AI 0211493-73.2012.8.26.0000, Rel.: Pereira Calças, J. 30/10/2012.

PRESTADA POR TERCEIRO GARANTIDOR. NATUREZA
QUIROGRAFÁRIA DO CRÉDITO EM QUESTÃO. RECURSO
DESPROVIDO¹⁸⁶.

Portanto, percebe-se que há decisões nos Tribunais Brasileiros em ambos os sentidos: tanto pela inclusão na recuperação judicial de créditos garantidos por garantias fiduciárias prestadas por terceiros quanto pela extranconcursabilidade de tais valores.

¹⁸⁶ TJPR - 17ª C.Cível - AI - 1535976-9 - São José dos Pinhais - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - J. 23.11.2016.

5. CONCLUSÃO

Como exposto no presente trabalho, a Lei de Recuperação de Empresas busca criar mecanismos que possibilitem a manutenção de empresas que passem por crise. No entanto, faz-se necessário que tal crise seja superável, isto é, a empresa deve possuir real possibilidade de superação.

A recuperação judicial é norteadada pelo plano de recuperação judicial, o qual determinará a forma de pagamento dos credores e promoverá uma espécie de novação dos créditos a ele sujeitos. Inclusive, permanecem suspensas todas as execuções e ações que correm contra a empresa em recuperação. No entanto, ressalta-se que, via de regra, os direitos contra os codevedores não são abarcados pelo plano.

Entretanto, conforme visto, nem todos os créditos sujeitam-se às disposições do plano de recuperação judicial. Os parágrafos do artigo 49 da LRE contêm diversas exceções à regra do caput, que estabelece que “submetem-se à recuperação judicial da empresa todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. No presente trabalho, o foco deu-se sobre o parágrafo 3º do referido artigo 49, na parte em que discorre sobre “proprietários fiduciários de bens móveis e imóveis”.

Demonstrou-se, então, a relevância da análise de tal disposição, visto que a garantia fiduciária tem sido amplamente utilizada, principalmente em contratos bancários, considerando a segurança que proporciona ao credor, em casos de inadimplemento. Conforme externado, a propriedade fiduciária possui matriz nos contratos de alienação fiduciária e de cessão fiduciária, os quais possuem diferenças entre si.

Assim, no presente trabalho, foram analisados ambos os contratos que estabelecem garantias fiduciárias, com enfoque especial ao contrato de cessão fiduciária, para que se compreendesse o tratamento dispendido à referida garantia em caso de recuperação judicial.

Diversas discussões pautaram-se sobre o parágrafo 3º do artigo 49 da LRE. O presente trabalho demonstrou a divergência acerca da inclusão da cessão fiduciária dentro da expressão utilizada pela LRE: proprietário fiduciário de bens móveis.

Conforme demonstrado, a questão da não sujeição da cessão fiduciária à recuperação judicial já foi pacificada na jurisprudência, a partir de pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, em que pese parte da doutrina ainda defenda que os créditos garantidos por cessão fiduciária devem se submeter à recuperação judicial.

Dentre a doutrina que coaduna com tal entendimento, destaca-se o fundamento de que a leitura feita do artigo 49, §3º da LRE, no sentido de incluir a cessão fiduciária no dispositivo pode acabar contrariando um dos princípios que orienta a LRE: o princípio da recuperação de empresas. Ao retirar da incidência do plano de recuperação judicial o crédito garantido por cessão fiduciária, diminui-se a eficácia da lei, visto que as condições contratadas em relação àquele crédito permanecem a mesma e que os valores compreendidos por esses contratos, os quais costumam ser essenciais à atividade da empresa acabam sendo retirados desta, inviabilizando a manutenção da atividade empresarial.

Todavia, apesar de tal questão ter sido pacificada, ainda existem problemas a serem enfrentados pela jurisprudência: como essa extraconcursalidade deve ser aplicada. A partir da pesquisa jurisprudencial exposta no presente trabalho, foi possível perceber o diferente tratamento da questão a depender do tribunal de justiça analisado.

Conclui-se que para uma maior eficácia da LRE, a exclusão do crédito garantido por cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial deve ser analisada a cada caso concreto, considerando as suas peculiaridades, para que os requisitos sejam cumpridos e para que não se caminhe em direção a uma interpretação que seja extensiva a ponto de prejudicar ainda mais a recuperação da empresa em crise.

Tem-se que as garantias fiduciárias, em especial a cessão fiduciária, como vêm sendo cada vez mais utilizadas, representam grande parte dos débitos da empresa em recuperação. Assim, caso se aplique indistintamente a exclusão dos créditos garantidos por propriedade fiduciária, sem que se verifique o cumprimento dos requisitos necessários, é evidente que a recuperação restará prejudicada.

Portanto, é necessário que se encontre uma solução pautada no equilíbrio entre os interesses do credor e do devedor, para que se garanta eficiência ao instituto da recuperação judicial, tendo em vista, principalmente, o princípio da preservação da empresa.

REFERÊNCIAS

ABRAO, Carlos Henrique. ANDRIGHI, Fatima Nancy. BENETI, Sidnei. **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

ALMEIDA, Amador Paes De. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 24ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2ª edição. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1979.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Alienação fiduciária em garantia: ações de busca e apreensão e depósito, a impossibilidade de prisão civil do devedor**. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 1998.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo**. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Lei 4.728 de 14 de julho de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 911 de 01 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 set. 2017

BRASIL. Lei 10.931 de 02 de agosto de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm> . Acesso em 20 set. 2017.

BRASIL. Lei 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 02 set. 2017.

BRASIL. Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm>. Acesso em 20 set. 2017.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e. **Reflexões sobre a Jurisprudência em Face da Cessão Fiduciária de Créditos na Recuperação Judicial**. Disponível em: <https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417529073/da-cessao-fiduciaria-de-creditos-na-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 set. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de Direito Empresarial – IV – Contratos Mercantis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CHALUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa. **A trava bancária**. Revista do advogado, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n.105, set, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Direito Autoral**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – direito de empresa – volume 3**. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FARIA, Mauro Teixeira de. **Liberação de Recebíveis por Conta do Desatendimento do Requisito de Especialização do Bem Objeto da Garantia Fiduciária. Sujeição do Crédito Garantido aos Efeitos da Recuperação Judicial**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.v. 75/2017. Jan/mar, 2017.

FAVER, Scilio. **Curso de recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de alienação fiduciária em garantia – Das bases romanas à Lei n. 9.514/97**. 1ª edição. São Paulo, Editora LTr, 1999.

FRANCO, Vera Helena de Melo. **Contratos – Direito Civil e Empresarial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. [23-24 de outubro de 2012, Brasília]. -- Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LUCHETE, Felipe. **Nancy defende contagem em dias úteis para blindagem em recuperação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-13/nancy-defende-contagem-dias-uteis-blindagem-recuperacao>>. Acesso em: 17 nov 2017.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas: Doutrina e Prática**. 1ª edição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro volume 4 :Falência e Recuperação de Empresas**. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **As travas bancárias no procedimento de recuperação judicial de sociedades empresárias**. Disponível em: <http://www.abde.org.br/uploads/0106201214330578Trava%20Banc%C3%A1ria%20TJMG.pdf> Acesso em: 10 out 2017.

MONTEIRO, Filho. Ralphy W. de Barros. **Extinção da alienação fiduciária da Lei. 9514/97**. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/2017/03/06/artigo-extincao-da-alienacao-fiduciaria-da-lei-no-9-51497-por-ralphy-w-de-barros-monteiro-filho/>>>. Acesso em 02 de set. de 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

NEGRAO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil. Vol. II. Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

Núcleo de Estudo e Pesquisa Sobre Insolvência (NEPI). PUC-SP. **Observatório da Insolvência**. São Paulo: Associação Brasileira de Jurimetria. 13 de junho de 2017. Disponível em: <http://rpubs.com/abj/pucrj_pre>. Acesso em: 12 out. 2017.

OLIVEIRA, Eduardo Henrique Martins de.; RODRIGUES, Luiz Gustavo Friggi. **Recuperação Judicial e o avalista: possíveis efeitos da atual tendência jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b91b1facf3b3a789>. Acesso em 15 out 2017.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 7ª edição. Barueri, Editora Manole, 2013

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação Judicial de empresas: caracterização, avanços e limites**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35219>. Acesso em: 12 out 2017.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Garantia Fiduciária**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. PIVA, Fernanda Neves. **Cessão Fiduciária De Créditos Na Recuperação Judicial: Requisitos E Limites À Luz Da Jurisprudência**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 72/2016. Abr./Jun.2016

SALOMÃO, Luiz Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência – teoria e prática**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Coordenação Miguel Reale e Judith Martins-Costa. **Contratos Nominados II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Francisco Satiro. PITOMBO, Antonio Sergio A. Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos. **Cessão fiduciária de crédito e seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante**. 2010. Universidade de São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloiza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado** – conforme a Constituição da República. Vol. 1. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.